

Bruk av "som den er" – klausulen ved salg av fast eiendom

- Avhendingslova § 3-9 -

Kandidatnummer: 268

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 14105 ord

25.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Emne	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Fravikelighet	3
1.4	Metode	4
1.5	Det videre opplegget	5
<u>2</u>	<u>VIRKEOMRÅDET FOR AVHENDINGSLOVA § 3-9 – ”SOM DEN ER” -</u>	
	<u>KLAUSULEN</u>	<u>6</u>
2.1	Generelle forbehold	6
2.2	Spesifiserte forbehold	8
2.3	Tidsmessig avgrensning av klausulens rekkevidde	12
<u>3</u>	<u>LOVGIVERS SENSUR AV ”SOM DEN ER” – KLAUSULEN</u>	<u>13</u>
3.1	Innledning	13
3.2	Opplysningssvikt.....	13
3.2.1	Manglende opplysninger	13
3.2.2	Uriktig opplysning	15
3.3	Vesentlighetsgrensen	18
3.3.1	Innledning	18

3.3.2	Basisvurderingen – ”grunn til å rekne med”	20
a)	Objektive vurderingsmomenter	20
1)	Husets alder.....	20
2)	Husets tilstand.....	20
3)	Byggeskikk på oppføringstidspunkt.....	21
4)	Opplysninger forut for avtaleinngåelse.....	22
b)	Subjektive vurderingsmomenter	23
1)	Kjøpers alder.....	23
2)	Kjøpers helsetilstand.....	24
3)	Partenes særlige forutsetninger	24
4)	Forhold på selgers side.....	25
3.3.3	Vesentlighetsvurderingen	26
a)	Generelt.....	26
b)	Reparasjonskostnadene – det kvantitative utgangspunkt	28
c)	Den supplerende helhetsvurdering	31

4 FORHOLDET MELLOM § 3-9 OG ANDRE BESTEMMELSER I

AVHENDINGSLOVA.....35

4.1	Innledning	35
4.2	Lovlighetsmangler	36
4.2.1	Generelt om lovlighetsmangler.....	36
4.2.2	Gjeldene rett	37
a)	Gjeldene rett før Høyesterett dom 18. oktober 2005.....	37
b)	Analyse av HR-2005-1637-A	39
c)	De lege ferenda.....	42
4.3	Retts- og rådighetsmangler	44
4.3.1	Forholdet mellom retts- og rådighetsmangler og ”som den er” - klausulen Feil! Bokmerke er ikke definert.	
4.4	Forholdet til reklamasjonsfristen.....	47
4.5	Arealsvikt	45

<u>5</u>	<u>DIREKTEKRAV</u>	<u>48</u>
5.1	Innledning	48
5.2	”Som den er” – klausulens innvirkning på kjøpers rett etter § 4-16	48
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>
<u>7</u>	<u>AVGJØRELSER.....</u>	<u>C</u>

1 Innledning

1.1 Emne

Den praktiske hovedregel ved salg av fast eiendom er å selge eiendommen med en ”som den er” – klausul. Emnet for denne avhandlingen er lovgivers sensur av denne klausul. Avhendingslova¹ § 3-9 regulerer salg av en eiendom ”som den er”. Bestemmelsen lyder:

”Endå om egedomen er selt “som han er” eller med liknande allment atterhald, har egedomen likevel mangel der dette følgjer av § 3-7 eller § 3-8. Egedomen har også mangel dersom han er i vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.”

Paragrafen omhandler de generelle forbehold. Så fremt selger har opptrådt i henhold til de lojalitetskrav som generelt gjelder i kontraktsforhold, så har han anledning til å påberope seg en ”som den er” – klausul.²

Generelt kan man si at en ”som den er” – klausul går ut på at de alminnelige mangelsregler ikke skal gjelde.³ En nærmere redegjørelse for innholdet av denne klausulen foretas i punkt 2. Av den grunn at et generelt forbehold overfører en betydelig risiko for mangler til kjøper, har lovgiver funnet det nødvendig å innregulere en sensur av ”som den er” – klausulens rekkevidde.

¹ LOV-1992-07-03-93. Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

² LA-2004-4819, LA-2003-20383, m.fl.

³ Hagstrøm: Obligasjonsrett s. 328.

1.2 Avgrensning

Siden undersøkelsesgrunnlaget for avhandlingen bør være nogenlunde homogent, og at hensynene som gjør seg gjeldene i forbruker- og næringsforhold er ulike, avgrenses oppgaven til å omhandle forbrukerkjøp. I avhendingslova § 1-2 (3) gis det en legaldefinisjon av *”forbrukerkjøp”*. Med forbrukerkjøp menes et kjøp av eiendom når kjøperen er en fysisk person *”som ikke hovudsakleg handlar som ledd i”* næringsvirksomhet. Det foreligger et forbrukerkjøp dersom selger er næringsdrivende og kjøper ikke hovedsakelig handler eiendommen som ledd i næringsvirksomhet, men av bestemmelsen følger det også at det foreligger et forbrukerkjøp i det tilfellet hvor selger er forbruker. Dette til tross for at andre hensyn kan gjøre seg gjeldene mellom to privatpersoner, enn de hensyn som gjør seg gjeldene mellom næringsdrivende og forbrukere.

Videre avgrenses det mot salg av eiendom etter bustadoppføringslova⁴. Dette fordi avhendingslova i § 1-1 (2) avgrenser lovens bestemmelser mot avhendelse av nyoppførte eneboliger overfor forbrukere. Bustadoppføringslova gjelder avtaler mellom en entreprenør og en forbruker om oppføring av ny eierbolig. Loven kan ikke fravikes til ugunst for en forbruker.⁵ Og fordi en generell ansvarsfraskrivelse søker å fravike de alminnelige mangelskrav, kan ikke en *”som den er”* – klausul avtales ved salg i henhold til bustadoppføringslova.

Det er ikke lenger nødvendig å avgrense mot salg av andel i borettslag. Ikrafttreddelsen av den nye borettslagsloven⁶ har medført en endring i avhendingslova. Avhendingslova § 1-1 a, uttaler at loven nå også skal omfatte avhendelse av andel i borettslag.

Det er bare de rene salgstilfellene som vil bli behandlet i denne oppgaven. Derfor avgrenses det mot gave- og gavesalgstilfellene.

⁴ Bustadoppføringslova.

⁵ Bustadoppføringslova § 3.

⁶ LOV-2003-06-06-39 (borettslagslova).

1.3 Fravikelighet

Avhendingslovas regler om fravikelighet følger hovedregelen på forbrukerkjøpsrettens område.⁷ Det vil si at lovens bestemmelser ikke kan fravikes til ugunst for en forbruker.

Avhendingslova § 3-9 er en av bestemmelsene som er gjort ufravikelig. Av forarbeidene fremgår at oppregningen av ufravikelige regler i § 1-2 (2) ikke har vært ment ”å vere uttømmende”.⁸ Det uttalles at også andre bestemmelser vil passe dårlig å fravike, som eksempel vises til deler av §§ 3-1 og 3-2, mer om dette i punkt 4.2.2.

Virkningen av at § 3-9 er gjort ufravikelig ved forbrukerkjøp er, at loven får trinnhøyde over kjøpskontrakten. Imidlertid følger det av avtalefrihetsprinsippet, at en forbruker står fritt til å inngå den avtalen han måtte ønske.

Selv om bestemmelsen fravikes til ugunst for forbruker, så betyr ikke det at handlingen blir klassifisert som ulovlig, i den forstand at partene kan straffes for å ha brutt de preseptoriske bestemmelser. Imidlertid skal det bemerkes at dersom selger handler som ledd næringsvirksomhet og salget av eiendommen faller inn under virkeområdet til markedsføringsloven⁹, så kan selger bli straffet dersom han overtrer §§ 2 – 9 i markedsføringsloven. Dette følger av markedsføringsloven § 17. Hvis forbrukerkjøper velger å forholde seg til lovens bestemmelser, så må selger bære risikoen for avvik i fra de preseptoriske regler.¹⁰

Ut i fra dette perspektiv kan ufravikelighetsregelen ansees for å være en kjøpsrettslig opsjon. Kjøper kan velge å forholde seg til fravikelighetsreglene, eller han kan la vær å forholde seg til dem.

⁷ B.la. forbrukerkjøpsloven § 3, håndverktjenesteloven § 3, bustadoppføringslova § 3.

⁸ Ot.prp.nr. 66 (1990-91) s. 66.

⁹ LOV-1972-06-16-47.

¹⁰ Bergsåker: s. 72

1.4 Metode

I avhandlingen anvender jeg den allment aksepterte juridiske metode. På fast eiendoms rettsforhold vil rettsanvenderen først og fremst måtte søke juridisk dekning for sine argumenter i lover, forarbeider, rettspraksis, juridisk teori og i de reelle hensyn som gjør seg gjeldene.

Salg av fast eiendom ”som den er” reguleres av avhendingslova. De relevante forarbeider er i første rekke NOU 1979:48, Ot.prp. nr. 66 (1990-91) og Innst.O. nr. 97 (1991-92), men forarbeidene til kjøpsloven¹¹ vil i noen henseender også kunne belyse gjeldende rett.

I forhold til rettspraksis har det tradisjonelt vært lagt avgjørende vekt på hva Høyesterett har uttalt i sine domspremisser. Det finnes enkelte avgjørelser i fra Høyesterett omhandlende avhendingslova § 3-9¹². Av disse vil særlig Bukkeboddommen¹³ og Høyesteretts dom 18. oktober 2005¹⁴ være av interesse for avhandlingen.

I tillegg til å tjene som illustrasjon for å belyse oppgavens problemstillinger, vil praksis i fra lagmannsretten være en relevant rettskildefaktor. Avgjørelsene vektet i lys av det alminnelige prinsipp om at vekten av en rettskildefaktor, vil bero på rettskildetilfanget ellers på det aktuelle rettsområde. På rettsområde for avhendingslova foreligger det et betydelig¹⁵ antall avgjørelser i fra lagmannsretten. Derfor vil praksisen bli tillagt mer vekt, enn praksis i fra lagmannsretten normalt blir tilkjent. Noe slagordmessig kan det sies at jo flere avgjørelser som slutter seg opp om et tolkningsspørsmål, dess mer vekt får rettskildefaktoren.¹⁶ På den annen side er avgjørelsene i lagmannsretten til dels sprikende. I

¹¹ Ot.prp. nr. 25 (1973-74) og Ot.prp. nr. 80 (1986-87).

¹² Rt. 1997 s. 70, Rt. 2000 s. 199, Rt. 2001 s. 369, Rt. 2002 s. 696, Rt. 2002 s. 1425 og HR-2005-01637-A.

¹³ Rt. 2002 s. 1425.

¹⁴ HR-2005-01637-A.

¹⁵ På lovdatas betalingssider finnes det pr 21. nov. 2005, 213 avgjørelser fra lagmannsretten omhandlende avhendingslova § 3-9.

¹⁶ Boe: Innføring i juss. Om massivitet se s. 188.

de tilfeller lagmannsretten ikke har fulgt noen ensartet praksis, vil rettsanvenderen måtte søke støtte for sine argumenter i andre rettskildefaktorer.

Juridisk teori har normalt ikke like stor autoritet som de andre rettskildefaktorene.¹⁷

Generelt kan det sies at uttalelsene den juridiske teori oppbærer, må få vekt etter de relevante argumenters overbevisningskraft. I tillegg vil juridisk teori være en kilde for å finne frem til øvrig relevant rettskildemateriell.¹⁸

1.5 Det videre opplegget

I kapitel 2 redegjøres det for virkeområdet til § 3-9. Dette for å få en oversikt over hvilke salgssituasjoner og for hvilke forbehold § 3-9 er anvendelig. I oppgavens hoveddel behandles lovgivers sensur av ”som den er” - klausulen. Det gjøres rede for i hvilke tilfeller en eiendom som er solgt med en generell ansvarsfraskrivelse, allikevel kan ha mangel. Det legges særlig vekt på vesentlighetskriteriet. I kapitel 4 redegjøres det for relasjonen mellom § 3-9 og tilstøtende bestemmelser i avhendingslova. Herunder vil det i avsnitt 4.2.2 følge en analyse av den nylig avsagte dommen i fra Høyesterett vedrørende forholdet mellom lovlighetsmangler og generelle ansvarsfraskrivelser.

Avslutningsvis vurderes spørsmålet om en ”som den er” – klausul avgrenser kjøpers anledning til å gjøre direktekrav gjeldene mot tidligere hjemmelshaver, eventuelt andre avtaleparter.

¹⁷ Eckhoff: s. 26.

¹⁸ l.c.

2 Virkeområdet for avhendingslova § 3-9 – ”som den er” - klausulen

2.1 Generelle forbehold

Det fremgår av avhendingslova § 3-9 at dens anvendelsesområde er hvor en eiendom er solgt med et alminnelig forbehold. Den praktiske hovedregel er at eiendommer selges med en generell ansvarsfraskrivelse. Tatt på ordet, må en ”som den er” – klausul oppfattes å gi uttrykk for en beskrivelse av en eiendoms tilstand. Partene avtaler at eiendommen har de kvaliteter som den hadde på besiktigelses- eller kontraheringstidspunktet. Selger søker imidlertid å frasi seg ansvar for eiendommens tilstand. Det vil si at han ønsker å oppnå at de alminnelige mangelsregler ikke skal gjelde, og at kjøper skal overta risikoen for eiendommens tilstand.¹⁹ Men av lovteksten følger det at det allikevel foreligger mangel ved en eiendom som er solgt ”som den er” dersom det foreligger opplysningssvikt,²⁰ eller at eiendommen viser seg å være i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med.²¹

Avhendingslova § 3-9 får også anvendelse for det tilfellet at eiendommen er solgt med ”*liknande allment atterhald*”. Spørsmålet blir så hva dette begrepet skal innebære? Etter en rent språklig forståelse må andre ord som uttrykker at eiendommen selges med en alminnelig ansvarsfraskrivelse også omfattes. Fordi det pekes tilbake på en tilstand eiendommen hadde, må uttrykket ”som besiktiget” kunne oppfattes som en generell ansvarsfraskrivelse.

¹⁹ Hagstrøm: s. 328 og 329.

²⁰ Med opplysningssvikt forstås enten manglende opplysninger etter avhendingslova § 3-7 eller uriktige opplysninger etter § 3-8. Se nærmere om dette i avsnitt 3.2.

²¹ Se nærmere om § 3-9 andre punktum i avsnitt 3.3.

Videre kan det stilles spørsmål om hvordan en rettsanvender skal tolke en klausul som uttrykker at eiendommen er ”er besikttet”? Er det kun ment som en faktisk opplysning i forhold til avhendingslova § 3-10²², eller skal uttrykket tolkes som et alminnelig forbehold, slik at avhendelsen skal vurderes i henhold til § 3-9? Svaret vil bero på en konkret vurdering i det enkelte kontraktsforhold. Hvis uttrykket ”er besikttet” er nevnt sammen med at ”eiendommen overtas i den stand den var ved besiktigelsen”, så er det klart at formuleringene i denne sammenheng vil oppfattes som et generelt forbehold.

Private eiendomsaktører vil trolig ikke foreta en grundig avveining i valget mellom nevnte uttrykk. Praktiske hensyn taler for både ”er besikttet” og ”som besikttet” skal innfortolkes under anvendelsesområdet til avhendingslova § 3-9. Dette til tross for at uttrykkene rent språklig kan ha ulik betydning. Dersom det på den annen side viser seg at konkrete omstendigheter trekker i retning av at opplysningen bare er ment til å skulle opplyse om en undersøkelse i henhold til § 3-10, så vil det være naturlig å vurdere eventuelle mangelsinnsigelser etter de alminnelige regler etter avhendingslova § 3-1 flg.

Spørsmålet om det er avtalt en alminnelig ansvarsfraskrivelse ved salg av en fast eiendom, vil bero på en konkret helhetsvurdering av avtalen partene imellom. Kontraktens ordlyd er utgangspunktet for vurderingen. Dersom kontrakten inneholder en klausul som henviser til § 3-9, har det vært antatt at det; ”*klart foreligger en ansvarsfraskrivelse*”. Dette kan utledes av det ulovfestede objektive tolkningsprinsipp. Imidlertid er det klare utgangspunkt i forbrukerkjøp²³ at dersom det foreligger en felles avvikende partsoppfatning, så skal den såkalte subjektive fellesstandard legges til grunn.²⁴

²² op.cit.: s. 180.

²³ Det følger av Rt. 2002 s. 1155, at utgangspunktet ved tolking av avtaler mellom profesjonelle parter er at det skal foretas en objektiv fortolkning. Men det uttales i dommen på s. 1159 at; ”*subjektive fortolkningsmomenter ... også [har] sin selvsagte plass i næringslivets kontrakter.*”

²⁴ Hov: Avtale s. 141 og Huser: s. 371.

Videre kan det reises en problemstilling om hva som skal legges til grunn dersom ”som den er” – klausulen ikke fremgår av salgsprospektet, men først dukker opp i selve kontraktsdokumentet. Tolkningen må her, som ellers, bero på en totalvurdering av hele avtaleforholdet. Så fremt forbrukerkjøper har blitt gitt rimelig tid til å sette seg inn i kontraktsvilkårene, så vil det være grunnlag for å si at det er avtalt en ansvarsfraskrivelse. På den annen side kan dette tenkes at utgangspunktet må modifiseres dersom det foreligger holdepunkter for å tro at forbrukerkjøperen har blitt satt under press, og i realiteten ikke har fått anledning til å gjøre seg kjent med avtalens innhold.

Så fremt det konkluderes med at det foreligger et forbehold, så er det kun de generelle forbehold som omfattes av paragrafen. Forbehold av kategorien selges i ”besikket stand”, ”uten ansvar for feil og mangler” mv. omfattes av bestemmelsen. Dette syn støttes av forarbeidene²⁵ og er nå slått fast i HR-2005-01637-A. I dommens avsnitt 38 uttales det at en kontrakt som har inntatt følgende bestemmelse; *”eiendommen selges slik den står og er besikket”*, vil;

”innebærer en ansvarsbegrensning som svarer til den begrensning som ligger i begrepet ” som den er”, og som dermed faller inn under den nærmere fastsettelse av omfanget av selgerens ansvar som er bestemt i avhendingsloven § 3-9.”

2.2 Spesifiserte forbehold

Med et spesifisert forbehold forstås et forbehold om konkrete omstendigheter ved en eiendoms tilstand, eller omstendigheter i forbindelse med overlevering. Forbeholdet kan være av mer eller mindre uttrykkelig art. Den sentrale sontring mellom generelle og spesifikke forbehold er at de generelle forbehold forholder seg til eiendommen som sådan, mens de spesifikke forbehold knytter seg til nærmere spesifiserte omstendigheter. Det vil si at ikke uttrykkelige forbehold, som gir grunn til bekymring knyttet til konkrete omstendigheter ved en eiendom, også kan oppfattes som et spesifisert forbehold. Dette

²⁵ Ot.prp.nr. 66 (1990-91) s. 92.

synspunkt underbygges Bukkeboddommen.²⁶ De urovekkende opplysningene som der ble belyst, kan oppfattes som spesifiserte forbehold. Som for de generelle forbeholds vedkommende, så beskriver også de spesifikke forbehold eiendommens tilstand.

Et spesifisert forbehold gir kjøper en oppfordring til å undersøke konkrete omstendigheter ved eiendommens tilstand. Avtalefrihetsprinsippet tilsier at partene har anledning til å avtale avhendelse av en eiendom med dårligere stand, enn kravet til en alminnelig ”god vare” normalt ville tilsi. Dersom det med tanke på konkrete forhold, viser seg at selger er usikker på eiendommens tilstand, så vil det være nærliggende for selger å innta et spesifisert forbehold i kontrakten. Og hvis det senere viser seg at eiendommen har svakheter knyttet til de spesifiserte forbehold, så kan kjøper normalt ikke påberope seg disse omstendighetene som mangel.²⁷

Spesifiserte forbehold står i motsetning til alminnelige forbehold og de omfattes derfor ikke av sensuren i avhendingslova § 3-9.

I Bukkeboddommen²⁸ var det i forbindelse med salg av en fast eiendom opplyst om problemer med vanninntrengning. Eiendommen var solgt ”som den er”. Ettersom selger hadde gitt klare opplysninger om problemene, kom førstvoterende Coward til at det da kunne reise spørsmål om å knytte mangelsdrøftelsen til lovens § 3-1, altså den alminnelige mangelsdrøftelse. Høyesterett vurderte imidlertid begrepet ”*tilhøva elles*” i § 3-9 til å være så vidt at det konsumerte vurderingen etter § 3-1. Coward, fulgte deretter opp med den tradisjonell skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor spørsmålet var hvorvidt det forelå et avvik i fra forventbar stand.

Imidlertid uttaler førstvoterende at både salgsoppgaven, taksten og selgerens egenerklæring gav klare opplysninger om det omtvistede problemet. For spørsmålet om kjøperen måtte ha

²⁶ Rt. 2002 s. 1425.

²⁷ Hagstrøm: s. 327.

²⁸ Rt. 2002 s. 1425.

risikoen for at de ikke ble foretatt nærmere undersøkelser, ”eventuelt ha risikoen for at de ikke tok forbehold ved inngåelsen av avtalen”, ble det antatt å være sentralt at to av de nevnte dokumenter inneholdt likelydende konkrete opplysninger om det omtvistede forhold.²⁹

Spørsmålet som imidlertid kan stilles er hvorvidt disse opplysningene, bedre hadde vært oppfattet som spesifiserte forbehold, og ikke et forhold som falt inn under virkeområdet til § 3-9. Høyesterett oppfatter disse uttalelsene som opplysninger om en ”feil som gav grunn til bekymring”.³⁰ Men opplysningene er på den annen side spesifiserte. Det opplyses om hvor feilen åpenbarer seg, og det gis informasjon om hvilke følger feilen har påført eiendommen. Sågar blir det oppstilt en hypotetisk årsak til den konkrete feil. Kjernen i de spesifiserte forbehold er nettopp å gi kjøper et incitament til å gjøre nærmere undersøkelser av den konkretiserte omstendighet, fordi selger har ønsket å sikre seg mot misligholdsvirkninger knyttet til det spesifiserte. Hvis det viser seg at eiendommen faktisk har den opplyste mangel, så kan ikke kjøperen påberope seg denne. Dette er slått fast i Høyesterett dom av 11. desember 1987.³¹ Det ble uttalt at når feilen viste seg sammenfallende med forbeholdet, så kunne det ikke foreligge en mangel som kunne danne grunnlag for mangelssanksjoner. Dommen er avsagt før avhendingslova trådte i kraft, men prinsippet knyttet til de spesifikke forbeholdene som dommen gir uttrykk for er imidlertid fortsatt gjeldende rett.

De spesifikke forbehold som fremkommer i Bukkeboddommen og i dommen fra 1987, står i motsetning til de generelle forbehold som ikke gir kjøper noen oppfordring til å undersøke konkrete omstendigheter.

Det at selger har anledning til å oppfordre kjøper til å undersøke eiendommen, følger av prinsippet som ligger til grunn for avhendingslova § 3-10 (2). Når det, som i

²⁹ Bukkeboddommen s. 1429 og 1430.

³⁰ Op.cit.: s. 1430, nest siste avsnitt.

³¹ Rt. 1987 s. 1486.

Bukkebodommen, foreligger spesifikke forbehold om konkrete feil og mangler og selger gjentatte ganger oppfordrer kjøper til å foreta undersøkelser, så er man i utgangspunktet utenfor rekkevidden av avhendingslova § 3-9. Etter gjeldene rett må det kunne antas at det er mulig å avtale at en eiendom som sådan kan selges ”som den er”, selv om det i kontrakten også er inntatt et spesifikt forbehold om konkrete omstendigheter. Imidlertid kan ikke da omstendighetene som klassifiseres som spesifikke forbehold, behandles i henhold til § 3-9.

Av denne grunn finnes det nødvendig å stille spørsmål ved Høyesteretts anvendelse av normen etter § 3-9, for avgjørelse av rettstvisten i Bukkebodommen. Etter mitt skjønn burde Høyesterett ha anvendt det alminnelige prinsipp som fremgår av Rt. 1987 s. 1486 og slått fast at på grunn av innholdet i forbeholdene som var tatt, så vil det *”ikke foreligge en mangel som gir grunnlag for”* mangelssanksjoner. Årsaken til at Høyesterett anvender bestemmelsen er trolig fordi utsagnene ikke blir tolket som spesifikke forbehold, men kun som alminnelige urovekkende opplysninger som måtte ha gitt kjøper en tilskyndelse til å foreta nærmere undersøkelser.

Hensikten med § 3-9 er å begrense rekkevidden av ”som den er” – klausuler. I Bukkebodommen foretar ikke Høyesterett bare en tolkning av § 3-9, de utvider tilsynelatende også anvendelsesområde til å gjelde spesifiserte forbehold. Det er ikke sikkert at det utelukkende er negativt at Høyesterett utvider bestemmelsens anvendelsesområde. En konkret fordel med å la de spesifiserte forbehold falle inn under virkeområdet til § 3-9, er at forbrukere kan påberope seg de spesifiserte forbehold som mangler i henhold til § 3-9 andre punktum.

Lovgiver har hjemlet en adgang til å innta en generell ansvarsfraskrivelse, men det har ikke vært lovgivers intensjon å skulle skape en sensur overfor de spesifikke forbehold. Poenget med sensuren av de generelle forbehold blir borte og det betviles at løsningen i Bukkebodommen er god rent retts teknisk og -økonomisk.

I det følgende konsentreres drøftelsene til å gjelde de generelle forbehold.

2.3 Tidsmessig avgrensning av klausulens rekkevidde

Enkelte ansvarsfraskrivelsesklausuler uttaler at eiendommen selges ”som besiktiget” eller lignende. I et slikt tilfelle vil selgers kontraktsforpliktelser bestemmes av egenskapene eiendommen hadde på besiktigelsestidspunktet.

Spørsmålet blir hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for mangelsvurderingen, når eiendommen er solgt ”som den er”? Det sentrale er spørsmålet om klausulen antas for være en generell ansvarsfraskrivelse, jf § 3-9. Som vist over i avsnitt 2.1 er det hensyn som taler for at det ikke skal legges særlig vekt på ordlyden i ansvarsfraskrivelsen. Det må derfor kunne formodes at besiktigelsestidspunktet er utgangspunktet for mangelsvurderingen for eiendommer solgt ”som den er”.

Mangel kan oppstå i tidsrommet mellom besiktigelsestidspunktet og overtakelsestidspunktet. Kjøper er nærmest til å bære risikoen for en negativ utvikling, idet den kontraktsfestede ytelse er bestemt av eiendommens tilstand på besiktigelsestidspunktet.

Mangelsvurdering i henhold til de alminnelige regler i avhendingslova, skal foretas ut i fra tilstanden eiendommen har ved bruksovertakelsen.³² Dette medfører at tidspunktet for mangelsvurdering ved en eiendom solgt ”som den er” er et annet, sammen lignet med en eiendom som er solgt i henhold til de alminnelige regler i avhendingslova kapittel 3. I tillegg til at en generell ansvarsfraskrivelse overfører mangel for mindre vesentlige mangler til kjøperen, så får kjøper overført en betydelig risiko for mangler som oppstår i tidsintervallet mellom besiktigelse og bruksovertakelse.

³² Avhendingslova § 3-1 (2), jf § 2-4 (2).

3 Lovgivers sensur av ”som den er” – klausulen

3.1 Innledning

Poenget med avhendingslova § 3-9 er å begrense rekkevidde av ”som den er” – klausuler. En slik sensur er nødvendig, for at forbrukerkjøper ikke skal få overflyttet en urimelig stor del av risikoen for mangler.

Manglene etter § 3-9 oppdeles i to kategorier. For det første kan det foreligge mangel om selger har misligholdt sin opplysningsplikt, se avsnitt 3.2 og for det andre kan det foreligge mangel hvis eiendommens tilstand avviker vesentlig i fra forventbar stand, se avsnitt 3.3.

3.2 Opplysningssvikt

3.2.1 Manglende opplysninger

Selgerens opplysningsplikt er et sentralt moment ved salg av fast eiendom. Avhendingslova § 3-9 bestemmer at reglene om manglende opplysninger etter § 3-7 skal ha gjennomslagskraft overfor en generell ansvarsfraskrivelse. Dette innebærer at plikten til å gi opplysninger er uavhengig om eiendommen er solgt ”som den er”. I tråd med dette fremgår det av Borgarting lagmannsrett dom 23. september 1996³³ at dersom selger ikke har oppfylt sin plikt til å gi opplysning, vil det være ”uten betydning” at eiendommen er solgt ”som den er”.

Så fremt kjøper hadde grunn til å regne med å få et forhold opplyst og selger kjente eller måtte kjenne til denne omstendigheten ved eiendommen, er selger forpliktet til å gi opplysninger om forholdet.

Av ordlyden i § 3-7 fremgår at opplysningsplikten ikke bare knytter seg til eiendommen som sådan, men også til øvrige ”omstende”. Ordet har en vid betydning og omfatter forhold utover materielle feil og mangler ved eiendommen. ”[O]mstende” vil eksempelvis

³³ LB-1995-2327.

innbefatte forhold som dårlig lukt fra naboeiendommen, bråk fra naboileiligheten og for så vidt alt som kan tenkes å ha innvirkning på eiendommen.³⁴ I Gulating lagmannsrett dom 23. januar 1998³⁵ utgjorde unormalt høyt strømforbruk en mangel. Det at det ikke var opplyst om strømforbruket, var brudd på opplysningsplikten og utgjorde *”et kontraktsbrudd som [utløste] ... erstatningsansvar både etter avhendingsloven og etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.”*

Selgers opplysningsplikt går foran kjøpers undersøkelsesplikt. Dette følger av § 3-10 (3), forarbeidene³⁶ og av Takstmanndommen³⁷.

Problemstillingen videre for rettsanvenderen blir å klargjøre hva som ligger i uttrykket *”kjente eller måtte kjenne til”*. Det er ikke nok at selgeren burde ha kjent til forholdet. Proposisjonen³⁸ klargjør kunnskapskravet og viser til at det for selger ikke må ligge; *”føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande.”* Kjøperen trenger derfor ikke bevise at selgeren kjente til forholdet. Det er tilstrekkelig å vise til at det ikke foreligger noen rimelig unnskyldningsgrunn til å holde seg uvitende.

I Nebb-dommen³⁹ er det også slått fast at *”måtte kjenne til”* ikke er bevisregel, men et normativt begrep. I dommen vises det til forarbeidene og det uttales at:

”Mangel kan ... foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det.”

³⁴ Bergsåker: s. 195.

³⁵ LG-1996-2029.

³⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) på side 40 og 95.

³⁷ Se Rt. 2001 s. 369, side 377.

³⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990-91).

³⁹ Rt. 2001 s. 696.

Det er ikke bare selgeren personlig som omfattes av opplysningsplikten. Etter avgjørelsen i Nebb-dommen er det klart at kunnskapskravet også kan være oppfylt selv om ingen som er ansatt eller representerte selgers selskap på salgstidspunktet oppfyller kunnskapskravet, forutsatt at tidligere ansatte oppfyller kravet. I Rt. 2001 s. 369 er det gjort til gjeldene rett at en selger hefter for forhold takstmann kjente eller måtte kjenne til.

Det er ikke alltid like klart hvilke forhold man skal opplyse om, men en veiledning finnes i forarbeidene til avhendingslova § 3-7. På side 96 i ot.prp. nr. 66 (1990-91) er det uttalt at selgeren generelt bør ha holdningen at det er; *”betre å seie for mykje, og også å seie det temmeleg sjølvsagte.”*

Av siste setning i bestemmelsen om manglende opplysninger ved eiendommen framgår et tredje vilkår. Opplysningssvikten kan ikke påberopes dersom det kan antas at den manglende opplysningen ikke har virket inn på avtalen. En naturlig forståelse av ordlyden vil være at dersom manglende opplysninger ikke ville ha endret kontraktsinnholdet, så som kjøpesum, overtakelsesvilkår osv., så kan ikke opplysningssvikten anføres som mangel i henhold til § 3-7.⁴⁰

3.2.2 Uriktig opplysning

Når det er gitt opplysninger om en eiendoms tilstand, må det kunne forventes at opplysningene er korrekte. Som for reglene om manglende opplysninger, bestemmer § 3-9 at § 3-8 slår igjennom overfor en ”som den er” – klausul.

Bestemmelsen konstaterer at om de andre vilkårene i § 3-8 er oppfylt, så har eiendommen en mangel hvis dens tilstand ikke svarer til opplysninger som selgeren har gitt kjøperen. Selgeren, eller andre personer han svarer for, er ansvarlig for de opplysninger som blir gitt. Dette avhenger ikke av om det foreligger god tro. For selger er det snakk om et objektivt ansvar for sannhetsgehalten i de opplysninger som er blitt gitt.

⁴⁰ Mer om dette i Rt. 2003 s. 612 (Arealsviktdommen). Retten viser til ot.prp. nr 25 (1973-74) s. 38.

Videre nevnes at selger hefter for uriktige opplysninger som fremkommer i hele avtaleprosessen. Av ordlyden fremgår at det foreligger mangel dersom eiendommen ikke svarer til opplysninger ”*som er gitt i annonse, salgsprospekt*” eller ved annen markedsføring på vegne av selger. Dette medfører at han bærer risikoen for sannhetsgehalten i opplysninger gitt av personer han selv har engasjert. En annen sak er at det kan tenkes at kjøper kan ha et krav mot takstmann eller eiendomsmekler direkte.⁴¹ Selger vil også ha en mulighet til å bli holdt skadesløs, på grunn av meklers og takstmanns strenge profesjonsansvar. På den annen side hefter ikke selger for opplysninger gitt av ett tidligere salgsledd, eller produsenter. Hensynet bak denne regel er at en selger av fast eiendom ofte er privatpersoner, uten spesiell kunnskap om eiendomstransaksjoner.⁴² Det er også tatt hensyn til at det rent praktisk vil være særdeles vanskelig for selger å skulle holde seg orientert om annonser og andre opplysninger som finnes om alle materialer som er brukt på eiendommen.⁴³ Av proposisjonen⁴⁴ fremgår det videre at om kjøper skal bli hørt med at selgeren har misligholdt sin opplysningsplikt, så må dette subsumeres under reglene etter § 3-7 om manglende opplysninger. Fordi det må antas at kjøper kan forvente å få korrigerende opplysninger, så fremt det for selger ikke foreligger rimelig grunn til å være uvitende om omstendigheten.

Hvis en kjøper kjenner til et konkret forhold, som selger har gitt uriktige opplysninger om, så foreligger det ikke noen mangel om kjøper ikke har oppfylt sin undersøkelsesplikt. Dette følger antitetisk av § 3-10 (3), som uttaler at første og andre ledd ikke gjør noen innskrenkning i § 3-7.

Av Borgarting lagmannsrett dom 22. desember 1999⁴⁵ fremgår det at vage og lite presise uttrykk, som folk flest vil oppfatte som av generelt salgsfremmende art, ikke kan påberopes

⁴¹ Se RG. 1995 s. 923 (Drammen byrett)

⁴² Hov: s. 97.

⁴³ Dette følger av Ot.prp. nr. 66 (1990-91).

⁴⁴ l.c.

⁴⁵ LB-1999-1911.

som uriktige opplysninger. Opplysningene må altså være konkrete. Hvis det skulle vise seg at disse opplysningene har vært med å skape berettigede forventninger hos kjøper, om eiendommens tilstand, så vil vurderingen av hvorvidt dette utgjør en mangel måtte falle inn under vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 andre punktum.

Reglene om uriktige opplysninger gjelder for eiendommens "*omstende*", jf § 3-8. Det vil si at ikke bare opplysninger om selve eiendommen vil være relevant for vurderingen av hvorvidt det foreligger mangel etter § 3-8. Bestemmelsen omhandler i tillegg til de i loven nevnte tilbehør, opplysninger om eiendommens egenskaper og bruk. Dette fremgår av forarbeidene⁴⁶, hvor det er uttalt at det ikke var ment å legge noen særskilt avgrensning i bruken av begrepet "*omstende*". Begrepet har samme rekkevidde som det tilsvarende uttrykk i § 3-7.

Det finnes nødvendig å nevne at også § 3-8 oppstiller et kasualitetskrav. De foreliggende uriktige opplysninger må ha innvirket på avtalen, for at det skal foreligge en mangel. I HR-2005-1637-A⁴⁷ ble det i tillegg til den prinsipale anførsel, subsidiært anført at selgeren hadde gitt uriktige opplysninger. I forbindelse med tegning av eierskifteforsikring, ble det utformet en egenerklæring. I denne hadde selger, i ett avkrysningsskjema, opplyst at arbeidet på badet var utført av fagfolk; "*med våtromssertifikat eller tilsvarende kvalifikasjoner*". Videre var det svart benektende på spørsmål om det i huset var våtrom som ikke "*tilfredsstiller forskriftene*". Selgeren visste at opplysningene ville bli gjort kjent for kjøperen. Men grunnet kjøpers etterfølgende undersøkelse knyttet til omstendighetene ved badet, så konkluderte førstvoterende med at det var klart at kjøper ikke hadde lagt vekt på "*avkrysningene*" i egenerklæringen. Av hensyn til innvirkningskriteriet i § 3-8, kom Høyesterett derfor til at det ikke forelå mangel i form av opplysningssvikt. Videre ble det uttalt at egenerklæringen ikke kunne "*leses isolert*." I et obiter dictum uttalte førstvoterende at det ikke er sikkert at uriktige opplysninger i en egenoppgave, som nevnt over, vil bli betegnet som "*uriktig[e]*" i lovens forstand. Opplysningene må blant annet sees i

⁴⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 90.

⁴⁷ Høyesterett dom 18. oktober 2005.

sammenheng med en eventuell etterfølgende takst, utarbeidet av en fagmann og som på sett og vis kan reparere de upresise opplysninger.⁴⁸

3.3 Vesentlighetsgrensen

3.3.1 Innledning

Spørsmålet om det foreligger en mangel etter avhendingslova beror på om det kan påvises et avvik i fra det avtalte, jf § 3-1 (1). Utfordringen for rettsanvenderen er å finne ut hva partene faktisk har avtalt. Hvis det konstateres et avvik i fra det avtalte, utover forhold som er knyttet til alder og slitasje, foreligger normalt tilstrekkelig grunnlag for å iverksette mangelsbeføyelser.

Hvis det ikke fremgår av avtalen hva realdebitor skal yte, så må rettsanvenderen falle tilbake på betraktningen om at kjøper har krav på ”alminnelig god vare”.⁴⁹ Dette følger av det såkalte forpliktelsesbegrepet.⁵⁰ Selv om dette ikke er lovfestet, så er prinsippet fastlagt på ulovfestet grunnlag. Prinsippet er anvendt i Videospillerdommen.⁵¹ I dommen uttales det at siden kjøpsloven som den utfyllende lov ikke uttrykkelig avgjør det foreliggende mangelsspørsmål, så må tolkningen sammenholdes med rettspraksis, alminnelige rettsgrunnsetninger og teori.

Det ulovfestede mangelsbegrep kan også få anvendelse ved salg av fast eiendom. Dersom lovbestemmelsene som fastsetter kravet til funksjonsdyktighet ikke direkte kan anvendes, så vil man ha muligheten til å søke løsning i bakenforliggende ulovfestet rett. Dette underbygges også av det faktum at avhendingslova var ment å skulle være en kodifikasjon av gjeldene rett. Hva som er ”alminnelig god vare”, fastsettes gjennom bransjekutyme. Hvis en eiendom ikke har egenskaper som svarer til sammenlignbare eiendommers

⁴⁸ En fyldigere analyse av dommen følger i avsnitt 4.2.2.

⁴⁹ Hagstrøm: s. 153.

⁵⁰ Hagstrøm: s. 153.

⁵¹ Rt. 1998 s. 774.

bruksområde, så foreligger det en mangel, forutsatt at det ikke er holdepunkter for å fastlegge at avvikende egenskaper er avtalt. Vurderingen av hva som skal karakteriseres som en ”alminnelig god vare”, vil bero på en objektiv mangelsbedømmelse. Det samme vil gjelde en vurdering av hvilke egenskaper man kan kreve av en eiendom solgt ”som den er”. I spørsmålet om hva kjøper av en fast eiendom har grunn til å regne med, vil vurderingen av hva som skal betegnes som ”alminnelig god vare”, gi et veiledende utgangspunkt. Spørsmålet blir hvorvidt;

”den solgte eiendom under hensyn til eiendommens type, alder, innretning, synlige vedlikeholdstilstand og andre konkrete omstendigheter er dårligere enn det man normalt kunne vente.”⁵²

Avhendingslova § 3-1 var ment å skulle utgjøre lovens hovedregel om hva som skulle betegnes som en mangel. Men fleste eiendommer selges nå med assistanse fra en eiendomsmekler, eller advokat. Som hovedregel inntas det en generell ansvarsfraskrivelse i meklernes kontraktsformularer. Etter mitt skjønn endres kontraktsformularene ettersom domspremissene i rettsavgjørelsene endres, på sett og vis kan det derfor spores en tilpassning av kontraktene etter gjeldene rett. Av denne grunn har den praktiske hovedregel ved eiendomssalg nå blitt at eiendommen selges ”som den er”. Idet terskelen for mangelsbeføyelser etter § 3-9 ikke nås før det foreligger et ”vesentleg” avvik i fra forventbar stand, så har mangelsterskelen nå blitt lagt på et annet nivå en det lovgiver i utgangspunktet hadde forutsatt.

I vurderingen av hvorvidt det foreligger mangel etter § 3-9 andre punktum vil utgangspunktet være å finne ut hva kjøper hadde ”grunn til å rekne med”, se avsnitt 3.3.2. Denne basisvurdering faller sammen med den alminnelige mangelsvurdering. Spørsmålet om det foreligger mangel etter § 3-9 andre punktum vil bero på om eiendommens tilstand,

⁵² Hagstrøm: på side 157. Forfatteren viser til A. Vinding Kruse: Ejendomsbøp, 6. utg. under medvirkning af Jens Møller og Peter Otken, København 1992, s. 110.

etter en supplerende skjønnmessig helhetsvurdering, vurderes å avvike ”vesentleg” i negativ retning fra kjøpers berettigede forventinger, se avsnitt 3.3.3.

3.3.2 Basisvurderingen – ”grunn til å rekne med”

En eiendom som er solgt ”som den er” har en mangel om den er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde ”grunn til å rekne med”, jf § 3-9 andre punktum. Ved behandling av spørsmål om hva kjøperen hadde grunn til å regne med, skal det tas hensyn til kjøpesummen og forholdene ellers. Ordlyden forstås slik at nevnte forhold skal gi kjøper en berettiget forventning om eiendommens tilstand. Vurderingen av hva kjøper har grunn til å regne med, vil være sammenfallende med den alminnelige mangelsvurdering.

a) Objektive vurderingsmomenter

1) Husets alder

I denne mangelsvurdering vil en rekke objektive momenter belyse kjøpers berettigede forventning om eiendommens tilstand. For det første vil eiendommens alder være av relevans for å klargjøre hva kjøperen hadde grunn til å regne med. Hvis eiendommen eksempelvis er bygd i 1995, vil det være nærliggende å tro at den kun vil ha en nedsatt stand i form av normal slitasje. Hvis boligen er bygget i 1980, vil kjøper på generelt grunnlag ha grunn til å regne med at enkelte vinduer, dører, fliser og lignende snart er modent for utskiftning. Dette på grunn av disse objektenes normalt forventbare levetid. Jo eldre eiendommen er, dess større grunn er det til å tro at dens tilstand avviker i negativ grad fra tilstanden til en nylig oppført eiendom. Dette synspunkt er lagt til grunn i flere rettsavgjørelser. I dommen fra Eidsivating lagmannsrett 26. april 2002⁵³ ble det i et obiter dikta uttalt at ut i fra husets alder og ytre tilstand var feilen et forhold som i utgangspunktet normalt ville ligge innenfor hva en kjøper måtte vente av problemer.

2) Husets tilstand

For det andre vil husets vedlikeholdsmessige stand være et sentralt moment. Hvis eiendommen har blitt forsømt vedlikeholdt, så bør det gi kjøper et insitamement til å

undersøke eiendommen nærmere. Dette fordi det er klart at en mangelfullt vedlikeholdt eiendom vil ha lettere for å forfalle. Manglende vedlikehold vil normalt gjenspeiles og bemerkes i en verditakst og derved i pris. Dersom kjøper ut i fra objektive konstaterbare forhold ved eiendommen burde ha sett at eiendommen manglet vedlikehold, og dette i tillegg fremgår av en takst, kan han i det tilfellet feilen spores tilbake til manglende vedlikehold med stor grad av sannsynlighet ikke bli hørt med at det foreligger en vesentlig mangel. I Borgarting lagmannsrett dom 25. januar 1999⁵⁴ er det i med tanke på manglende vedlikehold uttalt at;

”husets alder og vedlikeholdsmessige tilstand ... tilsier at det ved oppussing og ombygging vil kunne avdekkes feil og mangler som ikke er synlig ved en vanlig visuell besiktigelse.”

3) Byggeskikk på oppføringstidspunktet

Spørsmålet blir så for det tredje om hvilken betydning det skal ha at byggeskikken har endret seg i fra eiendommens oppføringstidspunkt og frem til tidspunktet for mangelsvurderingen. I Gulating lagmannsrett dom 29. september 2000⁵⁵ ble det anført at måten grunnmuren var oppført fra avvek i vesentlig grad *”fra det som var god byggeskikk i 1939.”* Selv om retten ikke fant at byggemåten var stridene mot gjeldene byggeskikk på oppføringstidspunktet, konstaterte retten spørsmålet om byggeskikk var et *”sentralt moment”*. På den annen side er det grunn til å anta at konstaterbare konstruksjonsfeil og fagmessige mangler som sådan ikke uten videre skal gi kjøperen anledning å ta disse omstendighetene med i en objektiv helhetsvurdering av vesentlighetskriteriet. Dersom selger ikke hadde grunn til å vite om forholdet, vil omstendighetene trolig ikke bli tillagt vekt til skade for selger.⁵⁶

⁵³ LE-2001-653.

⁵⁴ LB-1998-1495.

⁵⁵ LG-1999-1449.

⁵⁶ Selv om avgjørelsen er konkret, underbygger dommen inntatt i RG. 1996 s. 435 dette standpunkt.

4) Opplysninger forut for avtaleinngåelse

De opplysninger som foreligger forut for inngåelsen av kontrakten vil også kunne belyse kjøpers berettigede forventninger. Så fremt det er gjort store fradrag for gjenstående arbeider, alder, utidsmessighet eller lignende i verditakst, så vil det kunne være med å begrense kjøpers forventninger om eiendommen. Dette ble tillagt betydning i Eidsivating lagmannsrett dom 11. april 2005⁵⁷ og i vurdering fant lagmannsretten at:

”eiendommen ikke var i noen vesentlig dårligere stand enn det man måtte regne med. Ved vurderingen ... [var] det også av betydning at det i taksten ble gjort et fradrag på kr 400.000 for “gjenst. arbeider, alder, utidsmessighet e.l.”.”

Lovteksten i avhendingslova § 3-10 uttrykker at et forhold kjøper kjente, eller måtte kjenne til ved kontraktsinngåelsen, ikke kan gjøres gjeldene som mangel. I utgangspunktet vil også dette gjelde om mangelen viser seg å være mer omfattende enn kjøper hadde grunn til å tro. Dette legges til grunn i Bukkebodommen⁵⁸. Det fremgår av dommen at takstmannen antok at vanninntregningen skyldes feil i konstruksjonen med dreneringen. Det ble fra selgers side gitt oppfordring til å undersøke forholdene nærmere. Da feilen viste seg å være mer omfattende enn en feil ved dreneringen, ønsket kjøper å påberope seg vanninntregningen som en vesentlig mangel. Høyesterett la avgjørende vekt på at:

”Når kjøperne likevel ikke innhentet tilstandsrapport eller liknende [for å få avklar vanninntregningens årsak], og heller ikke tok noe forbehold da de inngikk avtalen, må [kjøper] ... selv bære risikoen for at feilene viste seg å være en del mer omfattende enn de hadde antatt.”

Dersom det er gitt opplysninger som gir kjøperen forventning om at eiendommen er i bedre stand enn en sammenlignbar eiendom, vil kjøpers berettigede forventninger til eiendommen

⁵⁷ LE-2004-25266

⁵⁸ Rt. 2002 s. 1425.

kunne stige. Eksempelvis kan det være opplyst at eiendommen er ”totalrenovert”, ”påkostet” eller lignende. Men det er ikke grunn til å hevde at slike eiendommer vil være garantert frie for mangler.

b) Subjektive vurderingsmomenter

Basisvurderingen er som vist ovenfor i utgangspunktet objektiv. Dersom kjøper har helt urealistiske forventinger til en eiendoms tilstand, så er det klart ikke avgjørende hva han subjektiv sett har regnet med. I Eidsivating lagmannsrett dom 26. april 2002⁵⁹ er det uttalt at det:

”At de negative omstendighetene ved eiendommen innebar en vesentlig skuffelse for kjøperen, er ... ikke relevant. Her må det foretas en vurdering ut fra en objektiv målestokk.”

Men det finnes allikevel visse holdepunkter i rettspraksis, for anta at individuelle forhold vil kunne ha relevans i en vurdering av hva kjøperen hadde grunn til å regne med.⁶⁰

1) Kjøpers alder

For det første vil partenes alder kunne være et relevant moment. I dommen fra Agder lagmannsrett 9. februar 2004⁶¹ anførte de ankende parter at deres unge alder og uerfarenhet, tilsa at de hadde fått en høy berettiget forventning om eiendommens tilstand, på grunn av selgers overbevisende fremgangsmåte. Dersom selger burde ha oppfattet at han utnyttet kjøpers unge alder, så vil det trekke i retning av at kjøpers høye forventning er berettiget. Det ser tilsynelatende ut til at retten har lagt dette til grunn som en relevant anførsel, slik at de ankende parter delvis vant fram med sitt krav.

⁵⁹ LE-2001-653.

⁶⁰ Agder lagmannsrett dom av 29. april 2005 (LA-2004-4819), RG. 2001 s. 56, m.fl.

⁶¹ LA-2003-20383.

2) Kjøpers helsetilstand

Videre må det antas at det er uklart hvorvidt partenes helsetilstand skal være et moment av generell betydning. I de tilfeller kjøpers helsetilstand tilsier at et forhold ikke kan bli tilstrekkelig belyst, enten ut i fra reglene om opplysningsplikt eller reglene om undersøkelsesplikt, vil det være naturlig for kjøper å innta et kontraktsforbehold. I det tilfelle selger utnytter kjøpers helsemessige tilstand, vil det være rimelig grunn til å la omstendighetene bli tolket i disfavør av den illojale selger.

På den annen side, må en kjøper kunne forvente at den handikappede selger kommer med en særskilt henstilling til å undersøke spesifikke omstendigheter, som selger ikke kan belyse på grunn av sitt handikap.

3) Partenes særlige forutsetninger

I rettspraksis er det også tillagt vekt at den ene part må antas å ha særlige forutsetninger for å bedømme konkrete omstendigheter. Motsetningsvis er det også tillagt vekt at partene ikke har forutsetninger for å bedømme en eiendoms tilstand. I dom fra Eidsivating lagmannsrett 27. juni 1997⁶² ble det i vurderingen lagt til grunn at verken kjøper eller selger hadde nevneverdig snekkerkyndighet. I dom Borgarting lagmannsrett 30. juni 2003⁶³ ble det i motanken anført at det måtte tas;

”utgangspunkt i at kjøper hadde liten erfaring med kjøp og salg av eiendom, at han var svært lite kyndig i byggfaglige spørsmål, at han hadde “10 tommeltotter” og at det var en uttalt forutsetning ved kjøpet at det eneste som måtte utbedres før innflytting, var skifte av kjøkkengulv. Selger fremsto på sin side som svært bygningskyndig.”

⁶² LE-1996-596.

⁶³ LB-2002-2522.

Det at selgeren hadde fremstått som særlig bygningskyndig ble brukt til å underbygge at kjøperen hadde fått hevet sine forventninger til eiendommen. Imidlertid virker det som at det anførte ikke direkte fikk innvirkning på resultatet. Idet lagmannsretten la til grunn at; *”selger som selv hadde utført det vesentligste av utbyggings- og oppussingsarbeidene, ikke hadde opplyst at han var faglært snekker.”*

Hvis det på den annen side skulle vise seg at selger selv har oppført eiendommen, vil dette være et moment som vil tillegges betydning. Fordi han presumptivt vil kjenne til de svakeste punkter ved eiendommens tekniske utferdigelse.

4) Forhold på selgers side

Det at selger mangler botid kan være et forhold av relevans, for å fastlegge hva kjøper hadde grunn til å regne med. Et praktisk eksempel er avhendelse av fast eiendom som selger har ervervet ved arv. I et slikt tilfelle vil det være nærliggende å påregne at selger ikke har den kunnskap som en selger normalt vil ha og det være forståelig at selger ønsker å selge eiendommen ”som den er”. Det kan i denne situasjonen påhvile kjøper en særlig plikt til å undersøke eiendommen grundig.

Men det kan være situasjoner hvor manglende botid ikke er av betydning. I Borgarting lagmannsrett dom 5. februar 2003,⁶⁴ tas det tydelig ikke hensyn til det faktum at selger ikke hadde botid i boligen. Rettspraksis trekker i retning av å legge mindre vekt på manglende botid ved eiendom ervervet ved arv, i de tilfeller det foreligger en tilstandsrapport. En nærliggende årsak til dette er at lagmannsretten her har fulgt opp den rettslige konsekvens av takstmannsdommen⁶⁵. Takstmannsdommens faktiske forhold var at selger, kort tid i forkant av salget, hadde arvet eiendommen. Selger hadde engasjert takstmann og ble identifisert med denne. Takstmannen overså forhold han burde ha oppdaget ved undersøkelsen. Dette medførte at kjøperen fikk medhold i sitt krav mot selger. En person som har arvet en eiendom, og som vil selge denne eiendommen videre, vil normalt innta et

⁶⁴ LB-2002-1224.

⁶⁵ Rt. 2001 s. 369.

generelt forbehold, slik at risikoen for skjulte feil og mangler blir overført til kjøper. Men dersom selger har engasjert en takstmann, og denne takstmannen ikke oppdager feil ved eiendommen, vil selger reelt sett få tilbakeført risiko for en del skjulte feil og mangler.

Etter dette kan det konkluderes med at spørsmålet om hva kjøper med rimelighet har grunn til å regne med i utgangspunktet vil bero på en konkret objektiv vurdering. Men under visse omstendigheter er det tilsynelatende holdepunkter for å tillegge individuelle forhold betydning, hvis det i det enkelte tilfellet vil belyse kjøpers berettigede forventning. Det må videre kunne antas at uttrykket; ”*grunn til å rekne med*”, i realiteten ikke beskriver noe annet enn det alminnelige mangelsbegrep.

3.3.3 Vesentlighetsvurderingen

a) Generelt

Hvis det i denne sammenheng sees bort fra bestemmelsen om arealsvikt, vil en vesentlighetsvurdering av en mangel bare være et tema hvor eiendommen er solgt ”som den er”. Spørsmålet hvor mye mer som skal kreves enn kun et avvik i fra hva kjøperen hadde grunn til å regne med?

Begrepet ”*vesentleg*” i avhendingslova § 3-9 oppfattes som et videre begrep enn eksempelvis vanlig eller alminnelig. Loven uttrykker dermed at det må kreves noe mer enn et ordinært avvik i fra det avtalte. Begrepet ”*vesentleg*” er relativt, derfor vil spørsmålet om hva som skal betegnes som vesentlig bero på omstendighetene rundt den konkrete avhendelse.

I Bukkebdommen⁶⁶ er det slått fast at vesentlighetsvurderingen vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det finnes holdepunkter i rettspraksis for å finne fram til hva en slik helhetsvurdering vil innebære. Dommen inntatt i Rt. 1998 s. 1510, den såkalte Ekte hussopp-dommen, omhandlet konkret et spørsmål om heving, og det kan med en gang

⁶⁶ Rt. 2002 s. 1425.

slås fast at nivået for heving ligger mye høyere enn nivået for mangel etter § 3-9. Men det må være anledning til å hente inspirasjon fra Høyesteretts argumenter, for å finne frem til hva som må antas å være et vesentlig kontraktsbrudd.

Vurderingsmodellen i Ekte hussopp-dommen er anvendelig for å finne frem til hva som skal karakteriseres som ”vesentleg” i henhold til § 3-9 andre punktum. Det er i dommen slått fast at utgangspunktet, og det sentrale moment i vesentlighetsvurderingen er ”det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse”. Det vil si den objektive mangelen ved eiendommen, og da både med tanke på mangelens karakter og mangelens omfang.⁶⁷ Løsningen er fulgt opp i Bukkebodommen.⁶⁸

Forarbeidene til § 3-9 viser til forarbeidene⁶⁹ til kjøpsloven § 19 (1) bokstav b, hvor det uttales at misforholdet ”mellom tingens stand og det kjøper kunne rekne med, må være utvilsomt.” Hva som ligger i ”utvilsomt”, er uklart og noen videre veiledning gir ikke forarbeidene. Men det er både i praksis og teori antatt at begrepet utgjør en materiell regel.⁷⁰ Forarbeidene kan på samme måte som ordlyden tas til inntekt for at det kreves noe mer enn et alminnelig avvik.

Lovens oppstiller dermed to alternative mangelsvurderinger ved avhendelse av fast eiendom. Det ene alternativet er å selge en eiendom ”som han er”, jf § 3-9, eller så kan eiendommen selges etter systemet som følger av §§ 3-1 til 3-8, samt 3-10. Hvis eiendommen selges etter sistnevnte alternativ, så vil det foreligge en mangel om det foreligger et avvik mellom realdebitors kontraktsfestede ytelser og eiendommens faktiske kvalitet. Dersom eiendommen selges ”som den er”, vil det kreves at mangelen skal være ”vesentleg”, jf § 3-9 andre punktum. Det er alminnelig antatt at slike risikooverføringsklausuler, i seg selv, ikke er illojale. Med andre ord vil kjøper av en eiendom som er solgt

⁶⁷ Ekte hussopp, s. 1518.

⁶⁸ Rt. 2002 s. 1425.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 62.

⁷⁰ Se Anderssen: s. 29.

”som den er”, bære risikoen for mangler opp til en vesentlighetsgrense. Hvis eiendommen ikke er solgt ”som den er”, vil kjøper bare ha risikoen for feil som skyldes normal slitasje og elde.

b) Reparasjonskostnadene – det kvantitative utgangspunkt

I rettspraksis har det i stor grad vært benyttet prosentsatser for å avgjøre hvorvidt en omstendighet skal utgjøre et vesentlig avvik i fra hva kjøpers berettigede forventinger.⁷¹ Det praktiske utgangspunkt for vesentlighetsvurderingen er en prosentuell beregning, hvor det stilles spørsmål om hvor mye utbedringskostnaden vil utgjøre av kjøpesummen.

Eksempelvis nevnes dommen i RG. 1996 s. 435. Utbedring av feilen ble vurdert til å påløpe seg til om lag 2,7 % av kjøpesummen. Dette var ikke tilstrekkelig til å skulle oppfylle kravene i vesentlighetskriteriet, og det synes som om det her er foretatt en ren forholdsmessighetsvurdering. I en annen dom fra lagmannsretten⁷² ble det antatt at utbedringskostnadene for en feil, som utgjorde 3,4 % av kjøpesummen, utgjorde en vesentlig mangel. Dersom standardforbedringen trekkes i fra, utgjorde feilen ikke mer en 2,6 % av kjøpesummen. Men i dommen inntatt i RG. 2001 s. 56, ble det på den annen side fastslått at feil som utgjorde 11,11 % av kjøpesummen ikke var vesentlig. Dette taler for at det også kan være forhold utover en rent prosentuell vurdering som kan avgjøre hva som skal antas for å være vesentlig.

Kjøpesummen er ofte et resultat av en budrunde. Idet kjøper, ideelt sett, ikke bestemmer seg for å inngi bud før han har foretatt en forhåndsundersøkelse, og en vurdering av behovet for påkostninger sammenholdt med hvilken pris han er villig til å gi for eiendommen, så kan det sies at kjøper på sett og vis selv har bestemt prisen. Av denne grunn er det ikke alltid like naturlig å legge vekt på kjøpesummen. Det vil etter mitt skjønn være mer nærliggende å la ”*kjøpesummen*” i § 3-9 være sammenfallende med en verditakst

⁷¹ RG. 1996 s. 435, RG. 1998 s. 155, LF-1997-816, LA-1997-1626 m.fl..

⁷² Dom av borgarting lagmannsrett av 22. desember 1999. LB-1999-1911.

eller en prisantydning, forutsatt at denne kan gi veiledning om eiendommens tilstand.⁷³ Dette underbygges av forarbeidene til kjøpsloven⁷⁴ hvor det er uttalt at salg av brukte ting på auksjon ofte skjer ved at de fremstilles ”som den er”. Videre sies det at kjøpsloven § 19 (1) bokstav c (tilsvarende § 3-9 andre punktum) ikke uten videre passer;

”ved auksjonsalg, der kjøperen selv bestemmer kjøpesummen. Det fastslås derfor i andre ledd at man ved vurderingen etter første ledd bokstav (c) skal ta omsyn til utropsprisen og ikke kjøpesummen.”

En auksjon vil være sammenlignbar med en opphetet budrunde over en eiendom. Dette vil si at utropsprisen, eller taksten ved avhendelse av eiendom, vil være mer egnet i en vesentlighetsvurdering enn omstendigheten ”kjøpesummen” jf § 3-9. Imidlertid bemerkes at Stortinget omgjorde forslaget fra Regjeringen, slik at den omhandlende ”utropsprisen” ikke ble tatt med i det endelige lovutkastet.⁷⁵ Kriteriet ble antatt å være lite presist.

Imidlertid må det kunne formodes at en eiendomstakst fra en offentlig godkjent takstmann, forutsetningsvis må kunne være en tilstrekkelig presis størrelse, slik at man kan legge vekt på denne ved en vesentlighetsvurdering etter avhendingslova § 3-9. For å belyse kjøpers berettigede forventninger fremgår det av rettspraksis at domstolen i noen saker legger mest vekt på taksten,⁷⁶ mens det i andre saker er lagt avgjørende vekt på kjøpesummen.⁷⁷ I Borgarting lagmannsrett dom 20. november 2001⁷⁸ uttales det at; ”[m]angelsspørsmålet skal avgjøres ved en helhetsvurdering. Forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader vil stå sentralt.” Dette betyr at det i hvert enkelt salgstilfelle må avgjøres hvorvidt det er kjøpesummen eller taksten, som skal utgjøre vurderingsgrunnlaget. Det sentrale moment,

⁷³ Se også Bergsåker: s. 171.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 62.

⁷⁵ Innst.O.nr. 51 (1987-88) s. 17.

⁷⁶ Borgarting lagmannsrett dom 28. mai 2001 (LB-2000-3067).

⁷⁷ Drammen byrett dom 11. mars 1995 (RG-1996-890).

⁷⁸ LB-2001-955.

vil være at rettsanvenderen finner fram til hva som i det konkrete tilfelle best belyser eiendommens tilstand.

I Bukkeboddommen uttales det at en prosentuell sammenligning kan tjene som hjelpemiddel for å avgjøre hva som er en mangel, selv om sammenligningen *"ikke alene [er] avgjørende for rettens vurdering"*. Førstvoterende uttaler videre at en *"kvantitativ betraktning"* i seg selv har liten betydning. Det kvantitative utgangspunkt måtte sees i sammenheng med andre konkrete forhold, som hadde lagt grunnlag for kjøpers berettigede forventning. Dersom man vurderer utbedringskostnadene opp mot kjøpesummen, så har rettspraksis fastslått at utgangspunktet for vurderingen vil ligge på omkring 3-4 %. Men det å påpeke at utbedringskostnadene utgjør en tilstrekkelig høy andel av kjøpesummen, er i seg selv ikke nok til å konstatere at det foreligger en mangel. Selv om vurderingen i Bukkeboddommen i realiteten knytter seg til et spesifikt forbehold, så uttaler førstvoterende seg om det kvantitative utgangspunkt i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9. Coward uttaler, konkret om vesentlighetskravet, at den prosentvise andel for utbedringskostnadene av henholdsvis takst og kjøpesum pålydende 7 % og 6 % i seg selv *"[r]ent kvantitativt ... utvilsomt [vil] være tilstrekkelig til at en feil anses som vesentlig."* Hun mener imidlertid at en iaktakelse av forholdet alene ut i fra en kvantitativ betraktning har liten betydning. Det uttales at *"man må ut fra de konkrete forholdene [må] se på hva kjøperne hadde grunn til å regne med om boligens tilstand."*

Rettspraksis har altså klarlagt hvilke forhold som normalt skal klassifiseres som mangel i henhold til § 3-9. Forutsatt at utbedringskostnadene utgjør mindre enn 3-4 % av kjøpesummen, så vil det normalt ikke foreligge mangel. Så fremt det viser seg at rettingskostnadene utgjør mer enn 3-4 % av kjøpesummen, så vil det normalt foreligge mangel.

c) Den supplerende helhetsvurdering

Av gjeldene rett er det klart at vurderingen av vesentlighetskriteriet skal være basert på objektivt konstaterbare forhold.⁷⁹ Spørsmålet om det foreligger mangel vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering. I det følgende drøftes betydningen av noen relevante avveiningsmarkører som vil være avgjørende for om hovedreglen etter det kvantitative utgangspunkt skal fravikes.

Hvis rettingskostnadene utgjør mer enn 3-4 % av kjøpesummen, så vil det normalt foreligge mangel etter § 3-9. Dersom det foreligger særlige omstendigheter som i en helhetsvurdering tilsier at det ikke bør konstateres mangel, kan det tenkes at dette utgangspunktet må fravikes. Mest praktiske er at det av salgsprospektet, tilstandsrapporten, eller egenerklæringen, fremgår urovekkende opplysninger om eiendommens tilstand. Det samme kan gjelde om det ved forhåndsundersøkelse av eiendommen fremkommer indikasjoner på mangelfulle omstendigheter.⁸⁰

På den annen side kan det tenkes at det kan foreligge særlige holdepunkter for å konstatere mangel, selv om rettingskostnadene utgjør mindre enn 3-4 %. Nedenfor behandles noen momenter som rettspraksis har tillagt relevans i denne skjønnsmessige helhetsvurderingen.

Etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper må det kunne antas at jo høyere prisen er, dess større forventning må kjøperen kunne ha om eiendommens kvalitet. En kjøper som legger flere millioner kroner inn i kjøpet av en eiendom, kan normalt vente seg høyere standard enn en som betaler noen hundre tusen kroner. Men et spørsmål det er nærliggende å spørre om, er hvilken veiledning kjøpesummen egentlig gir i et eiendomsmarked hvor tilbud og etterspørsel er det rådende hensyn?

⁷⁹ Jf Bukkeboddommen og LA-2003-20383. Nærmere om dette ovenfor i avsnitt 3.3.3 a)

⁸⁰ I Bukkeboddommen førte indikasjonene kjøper hadde fått på visning til at feilene ikke utgjorde en mangel i henhold til § 3-9, dette til tross for at rettingskostnader utgjorde 6-7 % av kjøpesummen.

I rettspraksis ser man spor av noe som kan oppfattes som en forholdsmessighetsvurdering. Det er lagt til grunn at dersom det er betalt en lav sum for en eiendom, så kan ikke kjøper normalt forvente seg en helt mangelfri vare. Imidlertid er det ikke slik at et lavt vederlag er synonymt med dårlig standard og likeledes kan det sies at høy kjøpesum, ikke nødvendigvis betyr at eiendommen fremstår som ny. Dette utgangspunktet må i det enkelte tilfelle modifieres. Men terskelen for at en feil skal medføre en mangel i henhold til § 3-9, vil trolig variere forholdsmessig med kjøpesummen.

Hvis det foreligger en særlig høy kjøpesum, så vil rettingskostnadene utgjøre en forholdsvis mindre andel av kjøpesummen. Derfor kan særlige forhold knyttet til kjøpesummen tilsi at selv om utbedringskostnadene ikke utgjør 3-4 %, så vil feilen allikevel utgjøre en mangel i henhold til § 3-9.

Det skal nevnes at domstolene ikke har behandlet denne forholdsmessighetsvurderingen konsekvent. I Frostating lagmannsrett dom 12. november 1998⁸¹ ble det ikke antatt at høy kjøpesum kunne gi kjøperen berettigede forventinger om at boligen skulle være fri for mangler. På den annen side er det i dommen inntatt i RG. 1995 s. 738 uttalt at når kjøper:

”kjøpte et fem år gammelt hus som ble opplyst å være i førsteklasses stand, og han selv ikke oppdaget noe spesielt, må det kunne kreves at huset ikke lider av alvorlige skjulte mangler.”

Lagmannsretten brukte både taksten og kjøpesummen til å underbygge dette.

Rent hypotetisk vil en konkret bolig plassert rundt på ulike steder i Norge, kunne ha en prismessig variasjon på flere millioner.⁸² I vesentlighetsvurderingen må det tas høyde for at enkelte kjøpere har betalt for en merkevare i form av en eiendom på en bestemt adresse. Kjøpesummen må med andre ord sees i sammenheng med boligens adresse. I Borgarting

⁸¹ LF-1998-519.

⁸² Prisantydning på en bolig på 231 kvm på Skotfoss i Skien; kroner 1.350.000,-. Prisantydning på tilsvarende bolig i Lillevannsveien i Oslo kroner 5.900.000,-.

lagmannsrett dom 22. desember 1999⁸³ ble det i vurderingen av hva kjøperen hadde grunn til å regne med, lagt vekt på at det ikke var ”*helt uten interesse at kjøpesummen [var] ... relativt høy pga eiendommens beliggenhet i et pressområde.*” Selv om utbedringskostnadene i seg selv ikke kunne antas å være vesentlig, kunne ikke det avskjære kjøper fra å påberope seg feilen som en vesentlig mangel. Dette fordi kjøpesummen ikke først og fremst var basert på eiendommens tilstand, men på dennes beliggenhet.

Mangelens art kan også være med å tale for at det foreligger mangel, til tross for at rettingskostnadene utgjør mindre enn 3-4 % av kjøpesummen.⁸⁴ Hvis det foreligger feil som kan føre til alvorlige skader, eksempelvis konstruksjonsfeil, så kan det tenkes at mangelen anses for ”*vesentleg*”, selv om rettingskostnadene utgjør mindre enn det kvantitative utgangspunkt.⁸⁵

Dersom selger har forsømt sin opplysningsplikt, eller gitt uriktige opplysninger vil det være rimelig å la forhold som omfattes av §§ 3-7 og 3-8, også falle inn under rekkevidden av vesentlighetsvurderingen i § 3-9 andre punktum. Hvis disse forholdene skulle ha blitt holdt utenfor, ville det totalt sett kunne komme forbrukerkjøper til skade.⁸⁶

Det er videre nærliggende å reise problemstillingen om forhold som på grunn av kasualitetskravet, ikke vil utgjøre mangel etter §§ 3-7 og 3-8, likevel kan tas med i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 andre punktum. Etter mitt skjønn vil det være en rimelig løsning om disse forholdene faller inn under vesentlighetsvurderingen. Av den grunn at det avgjørende ikke er om en enkelt feil skal fastlås å være vesentlig. Det sentrale er om eiendommen som sådan, er i ”*vesentleg ringare stand*”, jf § 3-9, andre punktum. Ut i

⁸³ LB-1999-1911.

⁸⁴ Mangelens art førte til at vesentlighetskriteriet i § 3-9 ble oppfylt i Borgarting lagmannsrett dom 23. oktober 2002 (LB-2001-3065), selv om feilen bare utgjorde litt over 1 % av kjøpesummen. Mangelen utgjorde blant annet bygging av terrasse inn på naboens eiendom.

⁸⁵ Jf Agder lagmannsrett dom 23. juni 2002 (LA-2001-806).

⁸⁶ Bergsåker: s. 179.

fra en rent språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd kan man slutte at det er tale om en helhetlig vurdering. Det skal foretas en samlet skjønnsmessig bedømmelse av betydningen av alle negative forhold ved eiendommen. Dermed kan omstendighetene knyttet til opplysningssvikten utgjøre et særlig forhold som bør taes i betraktning under den supplerende helhetsvurderingen, selv om opplysningen i seg selv ikke har virket inn på avtalen.

4 Forholdet mellom § 3-9 og særlige mangelstyper i avhendingslova

4.1 Innledning

Med en generell ansvarsfraskrivelse ønsker selger å fraskrive seg ansvaret for alle mangler uavhengig av art og omfang. Som nevnt har lovgiver derfor funnet det nødvendig å innskrenke rekkevidden av en ”som den er” - klausul. Det fremgår av ordlyden i § 3-9 første punktum, at opplysningssvikt medfører mangel skjønt eiendommen er solgt ”som den er”.⁸⁷ Videre fremgår det av reglene om arealsvikt at også denne mangel står i en særstilling overfor § 3-9, mer om dette nedenfor i 4.4. Av dette kan det slutes at en ”som den er” – klausul ikke skal omfatte alle typer mangler. Spørsmålet i dette punkt blir derfor om en ”som den er” – klausul er tilstrekkelig for å fravike de alminnelige mangelsregler, eller må det gjøres på en særskilt klar måte?

Forarbeidene⁸⁸ til avhendingslova § 3-9 avklarer ikke hvilket forhold ”som den er” - klausulen har overfor de andre bestemmelsene i kapitel 3. Imidlertid følger det av § 1-2 (2) andre punktum, at §§ 3-1, 3-2 og 3-4 – 3-6a helt eller delvis er fravikelige. Som vist over i avsnitt 3.3.3 a) oppstiller avhendingslova to alternative mangelsregimer ved avhendelse av fast eiendom. Hvis selger har valgt å selge en eiendom ”som den er”, så har det formodningen for seg at han ved dette har ønsket å fravike de alminnelige mangelsregler, jf § 3-1 flg. Av forarbeidene fremgår det at et generelt forbehold normalt vil innebære en innskrenkning i forhold til de andre reglene i avhendingslova. Men, det kan trolig ikke anføres at en ”som den er” – klausul skal ha den virkning at de generelle krav til en eiendoms tilstand ikke skal gjelde i det hele tatt. Forarbeidene synes å også støtte en slik forståelse. Proposisjonen uttaler på side 92 at spørsmålet om ”som den er” – klausulen

⁸⁷ Mer om opplysningssvikt ovenfor i avsnitt 3.2.

skal regnes for å ha tilsidesatt § 3-2, vil; ”*avhenge av ei nærare tolking av det atterhaldet som er brukt sett i høve til dei faktiske omstenda ved egedomen*”. Det må dermed foretas en konkret tolkning om hva forbeholdet er ment å omfatte.

Som vist ovenfor står enkelte av bestemmelsene i avhendingslova i en særstilling i forhold til § 3-9. Som et foreløpig utgangspunkt, kan det sies at ufravikeligheten er fellesnevneren til de bestemmelser som direkte får gjennomslagskraft overfor en generell ansvarsfraskrivelse. Den overordnede problemstilling for drøftelsen videre i dette kapittel blir derfor å finne svar på hvorvidt disse paragrafene har gjennomslagskraft overfor en ”som den er” – klausul, eller om mangelsspørsmålet etter bestemmelsene kun vil inngå som en del av en vesentlighetsvurdering etter § 3-9 andre punktum.

4.2 Lovlighetsmangler

4.2.1 Generelt om lovlighetsmangler

Avhendingslova § 3-2 (2) gjelder i forbrukerkjøp og omhandler de såkalte lovlighetsmangler.

Det fremgår av hovedregelen i § 3-2 (2) at ”[v]ed forbrukerkjøp”, skal eiendommen være i samsvar med offentligrettslige krav. Virkningen av brudd på denne regel, fremgår ikke av ordlyden. Imidlertid er bestemmelsen skodd over samme lest som kjøpsloven § 17 tredje ledd, slik den lød før vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven.⁸⁹ I kjøpsloven § 17 fjerde ledd var det en uttrykkelig regel som sa at brudd på reglene om offentligrettslige krav ville medføre mangel.⁹⁰ Ordlyden, i §§ 3-9 og 3-2 belyser ikke relasjonen mellom bestemmelsene.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92.

⁸⁹ Se nå forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav f.

⁹⁰ Bergsåker: s. 232.

Avhendingslova § 3-2 legger opp til en objektiv vurdering. I utgangspunktet er det uten betydning om kjøper kjente eller burde ha kjent til lovlighetsmanglene. Og for at det skal bli konstatert mangel etter § 3-2, det er heller ikke krav om kasualitet.⁹¹

4.2.2 Gjeldene rett

a) Gjeldene rett før HR-2005-1637-A

Høyesterett har 18. oktober 2005 avsagt dom i spørsmålet om forholdet mellom § 3-2 (2) og § 3-9.⁹² Dommen er helt ny dom og det finnes derfor nødvendig å belyse rettstilstanden slik den var før dommen.

Praksis i fra domstolene har vært sprikende. I Rt 1997 s. 70 har Høyesterett forfektet et standpunkt om at en generell ansvarsfraskrivelse ikke skal ha et virkeområde som strekker seg til å omfatte lovlighetsmangler. Løsningen ble akseptert i lagmannsrettene. Dette medførte at eiendommer, som var solgt med en generell ansvarsfraskrivelse, hadde en mangel om den ikke var i samsvar med offentligrettslige krav.⁹³ I teorien har Bergsåker stått som talsmann for at generelle ansvarsfraskrivelser ikke skal ha et virkeområde som strekker seg til å gjelde lovlighetsmangler.⁹⁴ Bergsåker vurderer gjennomslagskraften generelt og ikke ut i fra om lovlighetsmangelen er vesentlig eller ikke. Men han hevder at om det foreligger salgsdokumentasjonen eller andre konkrete forhold knyttet til den enkelte faste eiendom som kan gi kjøper en grunn til å tro at boligens tilstand ikke er i samsvar med offentligrettslige regler, kan det tenkes at § 3-2 (2) ikke kan påberopes.⁹⁵

⁹¹ Bergsåker: s. 233 og 234.

⁹² HR-2005-1637-A

⁹³ Se blant annet RG. 1997 s. 1293, hvor selger ble holdt ansvarlig fordi drikkevannet fra en brønn ikke oppfylte drikkevannsforskriften (FOR-2001-12-1372).

⁹⁴ Bergsåker: s. 263.

⁹⁵ Bergsåker: s. 265.

Bergsåkers standpunkt har møtt en del kritikk. Harald Benestad Anderssen har i en viss utstrekning sammenfattet denne kritikken i sin avhandling,⁹⁶ og han konkluderer med at forskriftsmangler ikke kan ha gjennomslagskraft overfor en ”som den er” – klausul. Anderssen skiller, i motsetning til Bergsåker, mellom vesentlige og mindre vesentlige lovlighetsmangler. I en dom fra Agder lagmannsrett⁹⁷ finnes det støtte, for at en lovlighetsmangel kan inngå som et relevant moment i en vesentlighetsvurdering i henhold til avhendingslova § 3-9.

I de siste årene har rettspraksis tilsynelatende trukket i retning av å la ”som den er” – klausulens virkeområde omfatte lovlighetsmangler. I dommen inntatt i RG. 2001 s. 643 oppstilles det et kvantitativt vilkår for i hvilke tilfeller en lovlighetsmangel skal få gjennomslag overfor et generelt forbehold. Det hevdes at;

”ikke enhver bagatellmessig forskriftsmangel skal slå gjennom overfor en generelt formet ansvarsfraskrivelse etter § 3-9 i form av en ”som den er”- klausul. Etter lagmannsrettens oppfatning må en her både se hen til arten og omfanget av forskriftsbruddet, husets alder o.a. slik at man i prinsippet vurderer de såkalte forskriftsmangler på samme vis som andre mangler etter § 3-9 siste punktum.”

Med andre ord sier lagmannsretten at om lovlighetsmangelen er bagatellmessig, vil mangelen kun tjene som et moment i vesentlighetsvurderingen av ”tilhøva elles”, jf § 3-9, andre punktum. Videre fant retten at dette syn hadde de; ”beste reelle grunner for seg og kan ikke sees å være i strid med lovtekst, forarbeider eller rettspraksis.”

Spørsmålet om forholdet mellom §§ 3-9 og 3-2 (2) forelå for første gang i ren form for lagmannsretten i RG. 2004 s. 72. Borgarting lagmannsrett, følger opp løsningen i RG. 2001 s. 643, og slår fast at et generelt forbehold i henhold til § 3-9 utgjør et unntak fra

⁹⁶ Anderssen: s. 26.

⁹⁷ LA-2003-20383, nest siste avsnitt under punktet omhandlede mangler ved garasjen.

de generelle krav til en eiendoms tilstand. Lagmannsretten uttalte at dersom det hadde vært meningen at regelen i;

”§3-2 annet ledd om selgers ansvar for offentligrettslige forskriftsmangler ved forbrukerkjøp også skulle gå foran en “ som den er ”-klausul uavhengig av hvor vesentlig feilen var, hadde det vært grunn til å nevne det uttrykkelig i loven.”

Retten fant det avgjørende, ut i fra hensynet til å avgrense rettstvister, at; *”offentligrettslige krav bedømmes på samme måte som andre feil ved eiendommen i forhold til ansvarsfraskrivelse”*. Med andre ord så vil ikke lovlighetsmangler stå i en særstilling, men de vil kun inngå som et moment i en skjønnsmessig helhetsvurdering etter avhendingslova § 3-9. Da Høyesterett på tidspunktet for ovenfor nevnte avgjørelse ikke hadde avgjort spørsmålet, har ikke de andre underrettene følt seg bundet av løsningen. Derfor ble det i Agder lagmannsrett dom 9. februar 2004⁹⁸ lagt til grunn at en lovlighetsmangel ikke falt inn under virkeområdet til en generell ansvarsfraskrivelse.

b) Analyse av HR-2005-1637-A

Av forrige punkt fremgår det at gjeldene rett ikke har vært avklart. Sees det hen til tiden som har gått fra avhendingslova trådte i kraft, samt mangfoldet av sprikende avgjørelser i fra underrettene, vil det være en forsiktig uttalelse å si at det var på høy tid at det kom en dom fra Høyesterett om forholdet mellom § 3-2 (2) og § 3-9.

Dommen er avsagt under dissens 4-1, men uenigheten angår ikke spørsmålet om forståelsen av § 3-9, jf § 3-2 (2). Den dissenterende dommer Rieber-Mohn avgjorde saken ut i fra en oppfatning om at risikoen for mangelen måtte ligge hos selger. Rieber-Mohn begrunnet sitt resultat ut i fra at det etter en avtaletolkning fortsatt forelå en garanti fra selger, knyttet til badets tilstand.

⁹⁸ LA-2003-20383.

Konkret gjaldt saken krav om prisavslag for mangler på et bad i en boligeiendom. Det forelå tvist om spørsmålet hvorvidt mangler ved badet falt utenfor kjøpekontraktens ansvarsbegrensning, og om selgeren uansett hadde ansvar som følge av uriktige opplysninger, jf § 3-8, eller brudd på offentligrettslige krav, jf § 3-2 (2).

Kjøpsavtalens § 7 uttalte at eiendommen; *"selges slik den står og er besikket"*. Dette er et begrep som omfattes av en "som den er" – klausul. Lagmannsretten hadde i disfavør av kjøper allerede avgjort spørsmålet om eiendommen var i *"vesentleg"* dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med. Spørsmålet om lovgivers sensur av rekkevidden til en "som den er" – klausul var dermed for første gang gjenstand for behandling i Høyesterett.

Den ankende part som var kjøper, hevdet prinsipalt at kjøpekontrakten § 7 om at eiendommen er kjøpt *"slik den står og er besikket"*, ikke gjaldt badet. Kjøper har i dommens avsnitt 26 videre anført at lovlighetsmangler må; *"kunne gjøres gjeldene også i salgsavtaler med as is - klausul"*, selv om lovlighetsmangler ikke er nevnt i § 3-9. De ankende parter begrunnet dette med hensynet til å unngå urimelige resultater, og at det mest praktiske ville være om det ble stilt krav til selger om at en fraskrivelse av ansvar for lovlighetsmangler må skje på en tydelig måte. Videre anførte de ankende parter at lovlighetsmanglene er av en slik art, at de kan gjøres gjeldene til tross for at eiendommen er solgt med et generelt forbehold. Det ble reist spørsmål om § 3-9 første punktum skulle anses for å være uttømmende, eller om bestemmelsen kunne suppleres med andre typer mangler enn de som faller inn under vesentlighetsvurderingen i andre punktum.

Ankemotpartene anførte at kjøpekontrakten inneholdt en klar bestemmelse om at kjøper skulle overta hele eiendommen *"slik den står og er besikket"*. Videre ble det anført at om feilene ved badet utgjorde en lovlighetsmangel, jf § 3-2 (2), så var ikke det en mangel som kunne gjøres gjeldene etter § 3-9 første punktum. Det ble anført at forskriftsbrudd ikke hørte med til de mangler som lovgiver hadde ment at selger skulle beholde ansvaret for ved salg av eiendom "som den er". Ankemotpartene fant støtte for dette i ordlyden og i

RG. 2004 s. 72. Videre ble det vist til forarbeidene og reelle hensyn i form av hensynet til å dempe antall rettstvister, og det at kjøper får en for sterk beskyttelse om lovlighetsmangler ikke skal falle inn under virkeområdet til en ”som den er” – klausul.

Førstvoterende tolket avtalen og kom frem til at det ikke var avtalt noe særskilt om risikoen for mangler knyttet til badet, utover en tidsbegrenset garanti. Den tidsbegrensede garantien ble etter en ren ordlydsfortolkning ikke funnet å kunne ha endret på utgangspunktet om at kjøper var nærmest til å bære risikoen for forhold som lå skjult bak flisene. Førstvoterende konkluderte med at ”som den er” – klausulen også omfattet forhold tilknyttet badet. Selger hadde gitt en garanti, men etter en ren ordlydsfortolkning kom retten frem til at garantien ikke kunne gi kjøper krav på prisavslag.

Etter dette sammenfattet førstvoterende rettskildesituasjonen, og han fastslo at ordlyden i § 3-9 første punktum ikke åpnet for mangler utover opplysningssvikt. Forarbeidene ble vurdert til ikke å gi ”*særlig støtte*” for utvidelse av bestemmelsens anvendelsesområde. Høyesterett fant det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de ulike syn som er forfektet i juridisk teori.

All den stund lagmannsrettene har behandlet spørsmålet relativt utførlig, fant dommer Flock det nødvendig å drøfte standpunktet inntatt i RG. 2004 s. 72. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens begrunnelse for hvorfor en ansvarsfraskrivelse som faller inn under avhendingslova § 3-9, også skal gjelde der eiendommen har lovlighetsmangler. I hovedsak går argumentasjonen ut på at fordi lovlighetsmangler etter sin art, kan være av vesentlig eller mindre vesentlig betydning, vil det ikke gi noen rimelig løsning om ethvert avvik skulle gi kjøper rett til ”*misligholdsbeføyelser i strid med en*” ansvarsfraskrivelse.⁹⁹ I tillegg bemerket Høyesterett at det også kan være noe tilfeldig hvilke byggearbeider som faktisk reguleres av offentlige krav. Årsaken til at Høyesterett har tilført dette er trolig for å underbygge at tilfeldighetene knyttet til hvorvidt en omstendighet er underlagt

⁹⁹ Se dommens avsnitt 52.

offentligrettslige krav, eller om denne omstendigheten vil medføre et vesentlig eller mindre vesentlig avvik i fra kjøpers berettigede forventning, best kan avgjøres etter en skjønnsmessig helhetsvurdering etter § 3-9 andre punktum.

Rettssetningen dommen gir uttrykk for er at spørsmålet om lovlighetsmangler får gjennomslagskraft overfor en ”som den er” – klausul, vil bero på om opplysningene knyttet til lovlighetsmanglene utgjør en feil i henhold til §§ 3-7 og 3-8. Dersom det ikke foreligger opplysningssvikt, vil spørsmålet avhenge av om lovlighetsmangelen er vesentlig og derved vil føre til mangel etter § 3-9 andre punktum. Førstvoterende uttaler om dette i avsnitt 53 at; *”[i] den grad en forskriftsmangel har resultert i en vesentlig mangel, vil § 3-9 annet punktum kunne anvendes.”*

Så fremt lovlighetsmangelen ikke er vesentlig, avgjøres mangelsspørsmålet etter dette av § 3-9 første punktum. Hvis det på den annen side foreligger opplysningssvikt, med tanke på offentligrettslige krav, vil spørsmålet om gjennomslagskraften til § 3-2 (2) avgjøres av hvorvidt opplysningssvikten har virket inn på avtalen.¹⁰⁰

c) De lege ferenda

Spørsmålet blir så om Høyesteretts standpunkt gir et godt eller dårlig resultat. Svaret vil i hovedsak bero på Høyesterett sine argumenters rettskildemessige dekning.

Førstvoterende tolker først avtalen for å finne ut hvorvidt det er avtalt en gyldig ansvarsfraskrivelse. Så foretas det en vurdering av de relevante lovbestemmelser. Videre gis forarbeidene en summarisk bedømmelse, idet at det kun konstateres at forarbeidene ikke gir særlig støtte for en utvidelse av anvendelsesområdet for § 3-9 første punktum. Høyesterett avgjør spørsmålet om forholdet mellom §§ 3-2 (2) og 3-9 andre punktum på lik linje med underrettene. Det som er felles for behandlingen i de ulike instanser, er at forarbeidene blir gitt en lettvinnt behandling.

¹⁰⁰ Jf kausalitetskravet i §§ 3-7 og 3-8.

Det bemerkes at forarbeidene¹⁰¹ uttaler at reglene om de preseptoriske bestemmelsene oppstilt i § 1-2 (2) ikke skal ansees som uttømmende. I proposisjonen på side 66 sies det at, i tillegg til de nevnte paragrafer, vil en *”del andre paragrafar, som ikkje er nemnt, etter sin art høve dårleg å fravike. Døme er delar av § 3-1 og § 3-2.”* Hvilke deler av § 3-2 (2) det her kan være tale om, er ikke spesifisert i forarbeidene eller nærmere utdypet i rettspraksis. Men sett hen til lovgivers intensjoner med konsiperingen av forbrukervennlige ufravikelighetsregler, må det være grunn til å tro at reglene som ikke kan fravikes er reglene som gir forbruker et fortrinn fremfor selger. I forarbeidene på side 80 uttales det om fravikeligheten av § 3-2 (2), at den ikke kan ha en helt preseptorisk status. En slik ufravikelighet kunne resultert i at det ville være nærmest umulig å selge uferdige, eller renoveringsmodne hus. Videre uttales det om fravikeligheten at med utgangspunktet som følger av § 3-2 (2) må selgeren sørge for et klart forbehold, i alle tilfeller der ikke andre omstendigheter rundt avhendelsen; *”gir eit klårt varsel om at samsvar med offentlegrettslege reglar m.m ikkje er føresett.”* Dette fører til at om selger mener at det er forhold til stede som gjør at eiendommen ikke skal tilfredsstillende offentlige krav, må det tas et klart forbehold om dette i kjøpsavtalen. Dersom så ikke har skjedd, må eiendommen kunne forventes å være fri for lovlighetsmangler.

Den praktiske hovedregel ved salg av fast eiendom å innta et generelt forbehold. Av denne grunn har utgangspunkt for mangelsvurderingen etter avhendingslova nå blitt at rettingsskostnadene må utgjøre 3-4 % av kjøpesummen.¹⁰²

Lovgiver har forutsatt at det normalt skulle foreligge mangel ved et avvik i fra den avtalte ytelse. Tatt i betraktning at deler av § 3-2 var ment å skulle være fravikelig, og at forarbeidene uttaler at selger må sørge for et klart forbehold, så er det etter mitt skjønn ikke gitt at resultatet i HR-2005-1637-A er i tråd med lovgivers vilje. Det kan tilsynelatende se ut som at Høyesterett har oversett at det normalt er selgeren som har best kunnskap om den eiendommen som selges, og at det er selger som burde være nærmest til å bære risikoen for

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 66 (1990-91). s. 66.

¹⁰² Se nærmere om dette ovenfor i avsnitt 3.3.3 b), om det kvantitative utgangspunkt.

mangler dersom han ikke har inntatt en konkret ansvarsfraskrivelse med tanke på lovlighetsmangler.

Imidlertid beror mangelsvurderingen etter § 3-9 andre punktum på en skjønnsmessig helhetsvurderingen, mens mangelsvurderingen etter § 3-2 (2) foretaes etter en mer statisk vurdering av hvorvidt offentligrettslige ikke er oppfylt. Av denne grunn kan det sies at løsningen i HR-2005-1637-A vil være langt mer fleksibel, enn en om alle lovlighetsmangler skulle vurderes etter § 3-2 (2). I tillegg vil det ha formodningen for seg at denne løsning vil begrense antall rettstvister, fordi lovlighetsmanglene vil etter dette vil behandles på samme måte som andre mangler. Ut i fra dette synspunkt vil jeg konkludere med at resultatet i Høyesterett dom 18. oktober 2005 er rimelig og fleksibel.

4.3 Retts- og rådighetsmangler

Problemstillingen, om hvorvidt reglene om retts- og rådighetsmangler har gjennomslagskraft overfor en ”som den er” – klausul, er sammenlignbar med spørsmålet om et generelt forbehold står seg overfor en lovlighetsmangel etter § 3-2 (2).¹⁰³ Dette fordi mangelen i utgangspunktet ikke utgjør en fysisk feil ved eiendommen, men at det er tale om rettslige størrelser. Det interessante er å finne svar på hvorvidt retts- eller rådighetsmangelen må være ”vesentleg”, jf § 3-9 andre punktum, eller om disse manglene har direkte gjennomslagskraft overfor et generelt forbehold?

Dommen inntatt i Rt. 1997 s. 70 kan gi en viss veiledning. Spørsmålet var om et fredningsvedtak skulle slå igjennom overfor en klausul som blant annet uttalte at; *”eiendommen selges i den stand den er på overtakelsesdagen, og at kommunen ikke har ansvar for skjulte feil og mangler”*. I tillegg var kjøper oppfordret til å *”få undersøkt området med henblikk på mulige fornminner/kulturminner”*. Det vil si at selger ikke bare hadde tatt et generelt forbehold, men kommunen hadde også oppfordret kjøper til å undersøke nærmere. Imidlertid kom Høyesterett til at det forelå et alvorlig brudd på kommunens opplysnings- og lojalitetsplikt. Etter en konkret og helhetlig vurdering kom

¹⁰³ Se nærmere forholdet til lovlighetsmangler ovenfor i avsnitt 4.2.

retten til at rådighetsmangel hadde gjennomslagskraft overfor et generelt forbehold. Dette trekker i retning av at en retts- og rådighetsmangler etter §§ 4-17 og 4-18 skal slå igjennom overfor en ”som den er” – klausul.

Det framgår av avhendingslova § 4-17 (1) at om en tredjeperson har en rett i eiendommen;

”gjeld føresegnene om manglar tilsvarende dersom det ikkje følgjer av avtala at kjøparen skal overta eigedomen med dei avgrensingane som følgjer av tredjepersonens rett”.

Lovens § 4-17 og § 4-18 uttaler at *”føresegnene om manglar”* gjelder tilsvarende. Spørsmålet om rettsmangler skal utgjøre en mangel i avhendingslovas forstand, avgjøres etter dette i henhold til reglene i kapitel 3. Dette fremgår også av forarbeidene¹⁰⁴ på side 92.

Dette medfører at dersom avtalen inneholder et generelt forbehold, så vil spørsmålet om det foreligger en retts- eller rådighetsmangel avgjøres etter mangelsreglene i henhold til § 3-9.

4.4 Arealsvikt

Avhendingslova § 3-3 om arealsvikt ved en eiendomstomt utgjør en modifikasjon i reglene om at avvik i fra den kontraktsfestede ytelsen skal utgjøre en mangel. Bestemmelsen oppstiller en regel om at det kun foreligger mangel om avviket i fra oppgitt areal er *”vesentleg”*. Det foreligger også mangel i det tilfellet hvor selgeren har opptrådt klanderverdig i forhold til opplysninger om areal.

Problemstillingen er hvorvidt § 3-3 slår igjennom overfor en ”som den er” – klausul. Lovteksten i begge bestemmelser oppstiller et vesentlighetskriterium. Spørsmålet blir så om disse to vurderingene er sammenfallende?

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 66 (1990-91).

Ot.prp. nr 66 (1990-91) uttaler på side 81 at selv om det skulle foreligge et arealavvik som utgjør en mangel etter § 3-3, så vil ikke det; *”automatisk [utgjere] eit vesentleg avtalebrot som gir rett til heving etter § 4-13.”* Det vil si at avhendingslova praktiserer ulike terskel for hva som skal utgjøre en *”vesentleg”* i forhold til mangelsspørsmålet, og hva som er vesentlig i forhold til hevingsspørsmålet, jf § 4-13. Det er dermed klart at avhendingslova opererer med ulike vesentlighetsgrenser.

I og med at § 3-3 opererer med en egen vesentlighetsvurdering, og det også er en vesentlighetsgrense i § 3-9, synes det naturlig og ikke opprette en dobbelt vesentlighetsvurdering i forhold til mangelsspørsmålet. Dette underbygges av forarbeidene til § 3-9 hvor det uttales at en *”som den er”* – klausul, normalt ikke skal oppfattes slik at det som ellers ville; *”følge av § 3-3 om når [arealsvikt] er ein mangel, vert sett til side.”*

Årsaken til at § 3-3 står i en særstilling med tanke på gjennomslagskraft overfor en *”som den er”* – klausul, må trolig også sees i sammenheng med reglene om fravikelighet i § 1-2. Avhendingslova § 3-3 er ufravikelig ved forbrukerkjøp. Bakgrunnen for regelen er at det ble funnet mest rimelig å legge vekt på *”det biletet kjøparen får av eigedomene”*,¹⁰⁵ ved forundersøkelse. Hvilket areal som blir oppgitt vil sjeldent ha betydning. Bestemmelsen beskytter således selgeren, ved at risikoen for mindre vesentlige avvik i fra beskrivelsen må bæres av kjøper. Fra dette ståsted kan § 3-3 sees som en forenklet spesialregel i forhold til § 3-9. Vesentlighetskriteriet i § 3-9 skal vurderes ut i fra en skjønnsmessig helhetsvurdering, med en rekke avveiningsmarkører. Vurderingen av hva kjøper hadde grunn til å regne med om arealet skal for så vidt også skje ut i fra en helhetsvurdering, men momentene i denne vurderingen er imidlertid ikke fullt så mange. Hvorvidt avviket er vesentlig etter § 3-3, vil i hovedsak avgjøres ut i fra en nærmere fastlagt prosent grense.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 81.

5 Forholdet til reklamasjonsfristen

Det kan tenkes at det foreligger en feil som ikke kan påberopes på grunn av en oversittet reklamasjonsfrist, jf avhendingslova § 4-19 (1). Når det foretas en konkret helhetsvurdering etter § 3-9 andre punktum, kan det oppstå tvil om hvilke forhold som skal tas med i vurderingen av hvorvidt det foreligger en vesentlig mangel ved eiendommen. Problemstillingen i dette punkt er om en oversittet reklamasjonsfrist skal bety at adgangen til å påberope seg mangler er prekludert.

Verken ordlyden § 4-19 eller i § 3-9 gir støtte for at feil som ikke kan påberopes på grunn av oversittet reklamasjonsfrist, kan tas med i en vesentlighetsvurdering etter § 3-9, andre punktum. Hovedregelen må da bli at feil, hvor kjøper har oversittet reklamasjonsfristen, ikke kan tas med i en vesentlighetsvurdering.

På den annen side kan det tenkes at det foreligger en feil som kjøper ikke tidligere har påberopt som mangel, fordi denne konkrete feil i seg selv virket ubetydningsfull. Dersom det senere viser seg at det forelå mangler av vesentlig betydning, så kan det være hensyn som taler for at feilen kan tas med i den helhetlige skjønnsmessige mangelsvurdering.

Hensynet til å beskytte den aktsomme forbrukerkjøper veier her tyngre enn hensynet til å ivareta selgers behov for å legge sitt engasjement i eiendommen bak seg. Selgeren er tross alt nærmest til å bære ansvaret for at eiendommen han har solgt, etter en totalbedømmelse av alle forhold, ikke fremstår i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med. I denne vurderingen kan det være omstendighetene som gjør at det vil være anledning til å ta med feil som i utgangspunktet ikke kunne påberopes på grunn av reklamasjonsfristen.

6 Direktekrav

6.1 Innledning

Etter alminnelig kravsett kan direktekrav gjøres gjeldene med hjemmel i følgende tre grunnlag. For det første kan kravet springe ut av en kontrakt. For det andre kan retts- eller deliktansvar danne grunnlag for direkte krav og for det tredje er det tradisjonelt antatt at ugrunnet berikelse kan hjemle et direkte krav.¹⁰⁶

Lovgivning¹⁰⁷, så vel som rettspraksis¹⁰⁸ anerkjenner direktekrav på formuerettens område. I Rt. 1981 s. 445 har Høyesterett klart slått fast at reglene om direktekrav også kan få anvendelse ved avhendelse av fast eiendom. Kjøpers rett til å gjøre krav gjeldene overfor tidligere selgere, eller andre avtaleparter, reguleres i avhendingslova § 4-16.

6.2 "Som den er" – klausulens innvirkning på kjøpers rett etter § 4-16

Det fremgår av ordlyden i avhendingslova § 4-16 (1) at kjøperen kan gjøre gjeldene mangel mot tidligere selger eller annen tidligere avtalepart, i samme grad selger kan gjøre kravene gjeldene. Dette vil si at kjøpers rettigheter bestemmes av selgers rett til å gjøre mangler gjeldene overfor hjemmelsmann. Det er verdt å legge merke til at krav ikke bare kan gjøres gjeldende mot tidligere selger, men også andre avtaleparter. Det vil si at kjøper kan gjøre krav gjeldene overfor entreprenøren som har bygd huset, eller en leverandør av løsøre som er inkorporert i eiendommen.

Avhendingslova § 4-16 bygger på subrogasjonsprinsippet. Dette fremgår av forarbeidene og rettspraksis. I Rt. 1998 s. 656¹⁰⁹ uttales det at:

¹⁰⁶ Hagstrøm: s. 789.

¹⁰⁷ Se produktansvarsloven. Lov 23. desember 1988 nr. 104.

¹⁰⁸ Rt. 1981 s. 445 (Davanger-dommen).

¹⁰⁹ Veidekkedommen.

”[Kjøpslovens] [p]aragraf 84 første ledd gir kjøperen adgang til også utenfor forbrukerforhold å gjøre gjeldende "krav som følge av mangel" mot tidligere salgsledd. Denne bestemmelsen bygger på subrogasjonsmodellen: Kjøperen trer inn i selgerens krav mot sin hjemmelsmann uten hensyn til om kjøperen har noe krav mot selgeren. Avhendingslova av 3. juli 1992 nr 93 gir i § 4-16 kjøperen ved kjøp av fast eiendom tilsvarende rett til å gå direkte på en tidligere selger eller en tidligere avtalepart.”

Dette medfører at det kun er nødvendig å foreta en mangelsvurdering. Det er tilstrekkelig å konstatere at tidligere avtalerpart har misligholdt overfor selger.¹¹⁰

Hvis det i forholdet mellom selger og tidligere salgsledd, eller avtaleparter er tatt gyldige ansvarsfraskrivelser, blir spørsmålet om forbeholdet stenger for kjøpers direkte krav?

Bestemmelsen om direktekrav i avhendingslova § 4-16 er ufravikelig i forbrukerkjøp. Imidlertid gjelder denne ufravikeligheten kun i forholdet mellom siste selger og forbrukerkjøper.¹¹¹ Siden kjøper kun kan gjøre gjeldene krav mot tidligere avtalepart i den grad selger kan gjøre krav gjeldene, må tidligere gyldige ansvarsfraskrivelser aksepteres av kjøper, slik at direkte krav ikke kan gjøres gjeldene.¹¹² Hvis selger, i forrige salgsomgang, var forbrukerkjøper vil situasjonen måtte avgjøres ut i fra om mangelen i første salgsomgang var å anse som en mangel i henhold til avhendingslova § 3-9.

Men hvis en nyoppført boligeiendom blir avhendet,¹¹³ og denne ikke har blitt brukt som bolig i mer enn ett år, bestemmer § 4-16 (3) at direktekrav ved forbrukerkjøp, skal avgjøres etter bustadoppføringslova § 37. I disse tilfellene utvides kjøpers adgang også til å gjøre sitt eget krav gjeldene overfor tidligere entreprenør eller annen avtalepart. Så fremt denne har

¹¹⁰ Hagstrøm: s. 797.

¹¹¹ Se ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 113.

¹¹² Bergsåker: s. 354 og Hov: s. 267.

¹¹³ Forutsatt at salget ikke direkte reguleres av bustadoppføringslova.

gjort avtalen som ledd i næringsvirksomhet og at entreprenøren eller en annen avtalepart kan gjøre mangelen gjeldene. Det vil si at selv om det i tidligere ledd er tatt gyldige ansvarsfraskrivelser, så har de ingen betydning for adgangen til å gjøre direkte krav gjeldene overfor tidligere avtaleparter eller selgere.¹¹⁴

¹¹⁴ Se ot.prp. nr 21 (1996-97) i kapitel XI om endringer i § 4-16.

7 Litteraturliste

- Anderssen: = Andersen, Harald Benestad. *Avhendingsloven § 3-9 2. punktum – Særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom –*. Oslo, 2002. ISBN: 82-996323-0-7.
- Bergsåker: = Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom*. 4. utgave. Oslo, 2003. ISBN: 82-993597-7-5.
- Boe: = Boe, Erik. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*. Tano Aschehoug Oslo, 1996. ISBN: 82-518-3453-8
- Eckhoff: = Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget Oslo, 2001. ISBN: 82-518-3988-2.
- Hagstrøm: = Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. I samarbeid med Magnus Aarbakke. Universitetsforlaget Oslo, 2003. ISBN: 82-518-4023-6.
- Hov: = Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*. 2. utgave. Papinian Oslo, 2002. ISBN: 82-91060-13-4.
- Hov: Avtale = Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet*. Papinian Oslo, 1998. ISBN: 82-91060-06-1
- Huser: = Huser, Kristian. *Avtaletolking : en innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*. Universitetsforlaget Bergen, 1983. ISBN: 82-00-06646-0
- Krüger: = Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4. utgave. Alma Mater Forlaget AS/Fagbokforlaget 1999. ISBN: 82-419-0223-9.

Lover

- 1972 LOV-1972-06-16-47. Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven).
- 1988 LOV-1988-05-13-27. Lov om kjøp (kjøpsloven).

- 1988 LOV-1988-12-23-104. Lov om produktansvar. (produktansvarsloven).
- 1989 LOV-1989-06-16-63. Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkstjenesteloven).
- 1992 LOV-1992-07-03-93. Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).
- 1997 LOV-1997-06-13-43. Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).
- 2002 LOV-2002-06-21-34. Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).
- 2003 LOV-2003-06-06-39. Lov om burettslag (burettslagslova).

Forskrifter

- 2001 FOR-2001-12-04-1372. Forskrift om vannforsyning og drikkevann (Drikkevannsforskriften).

Forarbeidsregister

- | | |
|--------------------------|--|
| NOU 1979:48 | NOU 1979:48 Avhending av fast eigedom. |
| Ot.prp. nr. 25 (1973-74) | Ot.prp. nr. 25 (1973-74) Om lov om endring i kjøpsloven 24. mai 1907 nr 2, særlig med sikte på forbrukervern. |
| Ot.prp. nr. 21 (1996-97) | Ot.prp. nr. 21 (1996-97) Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m m (bustadoppføringslova) |
| Ot.prp.nr. 66 (1990-91) | Ot.prp.nr. 66 (1990-91) Om lov om avhending av fast eigedom (avhendingslova). |
| Ot.prp.nr. 80 (1986-87) | Ot.prp.nr. 80 (1986-87) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980 (kjøpsloven). |
| Innst.O.nr. 51 (1987-88) | Innst.O.nr. 51 (1987-88) |

8 Avgjørelser

Høyesterett

Rt. 1981 s. 445 (Davangerdommen)	RG. 1998 s. 155 (Borgarting)
Rt. 1982 s. 1357	LB-1998-1495
Rt. 1987 s. 1486	LG-1999-1449
Rt. 1997 s. 70	LB-1999-1911
Rt. 1998 s. 656 (Veidekkedommen)	LB-2000-3067
Rt. 2000 s. 199	RG. 2000 s. 765 (Borgarting)
Rt. 1998 s. 774 (Videospillerdommen)	LA-2001-806
Rt. 1998 s. 1510 (Ekte hussopp-dommen)	LE-2001-653
Rt. 2001 s. 369 (Takstmannsdommen)	LB-2001-955
Rt. 2002 s. 1155	LB-2002-1224
Rt. 2001 s. 696 (Nebb-dommen)	LA-2003-20383
Rt. 2002 s. 1425 (Bukkeboddommen)	RG. 2001 s. 56 (Eidsivating)
Rt. 2003 s. 612 (Arealsviktdommen)	RG. 2001 s. 643 (Borgarting)
HR-2005-01637-A	RG. 2004 s. 72 (Borgarting)
	LA-2004-4819
	LE-2004-25266

Lagmannsretten

RG-1996-435 (Frostating)
RG. 1995 s. 738 (Eidsivating)
LE-1996-596
LG-1996-2029
LF-1997-816
LA-1997-1626
LF-1998-519

Tingretten

RG. 1995 s. 923 (Drammen byrett)
RG. 1996 s. 890 (Drammen byrett)